

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ÉTUDE SUR
L'IMMUTABILITÉ DES CONVENTIONS
MATRIMONIALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

JURIDIQUE D'ÉTAT

Présentée et soutenue le mardi 12 juin 1917, à 3 heures

PAR

Nicolas C. FOTINO

Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur

Suffragants { *MM. BARTIN, professeur*
WAHL, professeur

PARIS

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE

ANCIENNE ET MODERNE

Édouard DUCHEMIN

18, rue Soufflot

1917

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ÉTUDE SUR
L'IMMUTABILITÉ DES CONVENTIONS
MATRIMONIALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

JURIDIQUE D'ÉTAT

Présentée et soutenue le mardi 12 juin 1917, à 3 heures

PAR

Nicolas C. FOTINO



Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur

Suffragants { *MM. BARTIN, professeur*
WAHL, professeur

PARIS
LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE

ANCIENNE ET MODERNE

Édouard DUCHEMIN

18, rue Soufflot

1917

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

ETUDE SUR L'IMMUTABILITÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES

INTRODUCTION

Le contrat de mariage étant l'accessoire du mariage, ses effets doivent être limités à la durée de celui-ci. Il résulte de ce principe deux conséquences importantes : la première c'est que le contrat de mariage ne produit d'effets que si la célébration du mariage a eu lieu, seulement à partir de cette date sans rétroactivité, jusqu'au jour du contrat. La seconde, c'est que le contrat de mariage produit ses effets jusqu'à la dissolution du mariage.

Cependant, la loi a dû admettre des dérogations à cette règle générale. Lorsque la séparation de corps a été prononcée entre les époux, leurs intérêts respectifs deviennent si opposés que l'on ne conçoit plus un régime matrimonial subordonnant la femme au mari ; on ne peut plus admettre que le mari ait l'administration des biens de la femme.

Or le mari a cette administration sous tous les régimes autres que la séparation de biens. Aussi le Code décidait-il qu'au cas de la séparation de corps le régime matrimonial disparaissait pour faire place

au régime de la séparation de biens. La loi du 6 janvier 1893 a estimé que la séparation de corps ayant en fait changé de caractère et étant devenue de plus en plus la préparation du divorce, il fallait dans ce cas supprimer le régime matrimonial. C'est pourquoi, depuis cette loi, la femme séparée de corps acquiert la même indépendance que s'il n'y avait pas eu contrat de mariage. Seule subsiste l'inaliénabilité si les époux étaient primitivement mariés sous le régime dotal.

Une autre dérogation au principe que le contrat de mariage doit durer autant que le mariage concerne l'hypothèse où les ressources du ménage et notamment les biens de la femme sont mis en péril par la mauvaise administration du mari. La femme peut alors faire substituer par les tribunaux au régime matrimonial adopté, quel qu'il soit, le régime de la séparation de biens.

Dans ces deux hypothèses, c'est la loi elle-même qui, pour éviter certains abus, intervient en exigeant un jugement qui aura pour effet de supprimer avant la dissolution du mariage le régime adopté.

Le droit commun aurait également voulu que le consentement des époux pût substituer un régime matrimonial à un autre, tant au régime de la communauté, si les époux se sont mariés sans contrat, qu'au régime conventionnel établi par celui-ci. L'article 1134 alinéa 2 décide en effet en termes généraux que l'effet des obligations peut être modifié et anéanti par le concours des volontés qui les ont créées, que les conventions légalement formées peuvent être révoquées du mutuel consentement des parties.

Mais, en matière de mariage, cette solution est

écartée et il y aura lieu de nous demander par quels motifs on peut justifier cette dérogation au principe général du droit des obligations. L'article 1395 en effet pose la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales en disposant qu'elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. Cette solution se rattache étroitement à celle de l'article précédent que toutes conventions matrimoniales seront rédigées avant le mariage. Le régime matrimonial établi au moment de la célébration du mariage soit par la loi, soit par la volonté des époux, présente donc en droit français un caractère de stabilité auquel le législateur français s'est fortement attaché. Il n'en est pas ainsi dans nombre de législations et nombre de Codes plus modernes que le Code Napoléon ont accepté soit d'une façon complète, soit en l'entourant de certaines restrictions ou de certaines formalités plus ou moins compliquées de publicité, le principe de la mutabilité des conventions matrimoniales (1). En tenant compte de la solution adoptée par le Code civil allemand et par le Code fédéral suisse (art. 179) on serait tenté de

1. L'immutabilité absolue est admise par les pays suivants entre la France : la Belgique (art. 1395), les Pays-Bas (art. 204), Italie (art. 1382), Espagne (art. 1321), Portugal (art. 1105), Roumanie (art. 1270), Suède (Leher, p. 305), Argentine (art. 1253), Chili (art. 1722). Venezuela (R. de la Grasserie, p. 191). Le droit anglais (Leher, p. 111) admet également en droit strict l'immutabilité ; mais les conventions postérieures au mariage pourraient produire quelques effets en équité. Le principe de la mutabilité relative ou conditionnelle consacrée en Danemark et en Norvège moyennant approbation d'une autorité et celui de la mutabilité absolue sous condition de publicité par le Code civil allemand et le Code fédéral suisse.

croire à une solution dans ce sens. Mais elle est loin d'être générale, et les législations dites latines, ainsi que le droit anglais, tiennent ferme au système de l'immutabilité. « En réalité, il n'y a pas de mouvement assez large pour justifier aucune affirmation « relative au développement historique du droit ». (Roquin, *Traité de droit civil comparé. Le régime matrimonial*, p. 867.)

La solution consacrée par l'article 1395 n'est pas une des solutions que les rédacteurs du Code civil ont consacrée par pure tradition historique et parce qu'ils l'ont trouvée toute faite dans l'ancien droit. Elle s'encadre dans l'ensemble des principes qu'ils ont consacrés pour assurer la solidité et la stabilité du mariage et des institutions matrimoniales.

« On a toujours remarqué qu'ils ont apporté un « soin particulier à réglementer la matière du « mariage et des conventions matrimoniales ; ils ont « consacré à celle-là près de 200 articles (art. 1.387 « à 1581) ; ils ont dispersé à travers l'ensemble des « titres du Code civil des solutions se rattachant à « cette matière à ce point qu'il n'est guère de titre « important où ne soit à noter quelques conséquences « de l'état d'époux » (Lefebvre, *Leçon d'introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*). Il ont placé le contrat de mariage en tête de différents contrats les plus usités dont s'occupe le Code ; ce n'est pas par simple hasard de composition, mais pour bien témoigner de l'importance qu'ils attachent à cette convention. N'est-elle pas en effet l'accessoire de l'acte qui fonde la famille ; n'est-elle pas destinée à régler l'association d'intérêts qui, quel que soit le régime adopté, existe dans tout mariage ; à

déterminer la façon dont seront supportées les charges communes qui en résultent ; à fixer d'avance le budget qui pourvoira à l'entretien des époux et des enfants ? D'autre part, cette convention n'a-t-elle pas aussi pour but de sauvegarder les intérêts de chaque époux et de leurs héritiers jusqu'à la dissolution du mariage, pour qu'ils puissent à ce moment retrouver en nature ou en équivalent les biens qu'ils ont entendu se réserver, et protéger contre cette sorte de confusion de fait qui, en matière de meuble surtout, se produit si aisément au cours de la vie commune ?

S'il est juste en effet d'insister comme on le fait souvent sur le principe de la liberté des conventions matrimoniales, il importe aussi de ne pas oublier les strictes entraves apportées à cette liberté. Si à certain point de vue il est permis dans le contrat de mariage de déroger à quelques règles des donations, le Code a par ailleurs pris soin d'indiquer d'autres règles auxquelles il est interdit de déroger. Ces règles sont précisément celles qui contribuent à faire de l'union conjugale une association fortement organisée en vue d'associer la stabilité de la famille. Aussi a-t-il cru devoir faire du régime matrimonial une sorte de statut impératif qui s'impose aux époux, qu'ils ne peuvent modifier avant la conclusion de l'union conjugale que sous réserve d'importantes restrictions, et par lequel ils sont définitivement liés une fois qu'il est établi.

Le législateur s'est refusé à traiter comme un acte de société ordinaire le contrat destiné à régler l'association pécuniaire des époux. Fait pour une situation ce principe immuable doit en quelque sorte par-

tager la permanence de celle-ci et par conséquent échapper aux fluctuations d'avis des époux. Il faut que le régime matrimonial soit une base établie sur laquelle se régleront durant leur vie les droits et obligations pécuniaires des époux et à leur mort ceux de leurs héritiers. Il faut que les données sur lesquelles se régleront ces droits et ces obligations soient établies dès que se forme l'union conjugale et qu'aucune reprise due à une modification ultérieure ne soit à craindre. De là deux règles posées dans les articles 1394 et 1395 : Les conventions matrimoniales seront rédigées avant le mariage... Elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage.

Ce principe de l'immutabilité, les auteurs du Code civil l'ont emprunté au droit coutumier. Pour en bien comprendre le sens et la portée il est donc logique de rechercher au point de vue historique comment il s'est formé, puis d'examiner les motifs particuliers pour lesquels il a été consacré par le Code civil et par lesquels on le justifie. Les considérations invoquées à l'appui du principe, intérêt des tiers, intérêt des époux, intérêt des personnes qui ont concouru au contrat de mariage, ont en effet influé dans des sens divers sur la jurisprudence ; suivant que les tribunaux attachent plus ou moins d'importance à l'un ou à l'autre de ces motifs, ils ont été portés à considérer que les changements opérés par les époux contrariaient les raisons dont s'inspire la loi. On peut, en s'attachant aux considérations que nous venons d'indiquer, déterminer la nature des changements d'intérêt depuis ceux qui bouleversent le plus complètement les conventions matrimoniales jusqu'à

ceux qui leur portent atteinte d'une façon moins considérable.

Nous verrons ainsi que la formule de l'article 1395 prohibe non seulement le changement capital qui consisterait à substituer un régime à un autre, mais également les changements apportés à l'une des conséquences du régime. Nous aurons également à rechercher dans quelle mesure notre texte met obstacle aux changements indirects apportés au régime matrimonial, c'est-à-dire aux contrats faits au cours du mariage par l'un des époux avec l'autre ou avec un tiers, et qui auraient répercussion sur le régime matrimonial.

Mais, avant d'aborder la détermination des actes interdits et de ceux qui sont au contraire autorisés; il nous faudra rechercher quelles sont au juste les conventions auxquelles s'applique le principe de l'immutabilité et si le contrat de mariage ne peut pas contenir des clauses susceptibles d'être modifiées pendant le cours du mariage comme étant sans influence sur le régime adopté. Ce point nous mettra en face de la délicate question du domaine qu'il faut reconnaître aux conventions matrimoniales.

Nous devons ensuite rechercher à quelles personnes s'applique le principe de l'immutabilité. Et nous verrons qu'il s'applique strictement aux époux. La loi s'est montrée moins intransigeante à l'égard des tiers puisqu'il est permis à un donateur ou à un testateur de modifier l'attribution qui résulterait pour le bien dont il dispose du régime matrimonial adopté par les époux, sauf la restriction particulière inspirée par la méfiance du législateur envers le régime dotal et traduite dans la règle qu'on ne peut

pas constituer ou augmenter la dot pendant le mariage.

Nous avons déjà indiqué que le Code a cru devoir apporter au principe de l'immutabilité quelques dérogations ; nous indiquerons celles que des lois plus récentes et la jurisprudence ont autorisées. Mais nous laissons en dehors de notre examen la question des contre-lettres en matière de contrat de mariage, car elles ne constituent pas à proprement parler une exception au principe.

En recherchant comment celui-ci est sanctionné nous aurons à envisager la théorie des nullités du contrat de mariage et le rapport qu'elle présente avec notre question.

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE ET JUSTIFICATION DU PRINCIPE

Le principe de l'immuabilité du contrat de mariage est d'origine purement coutumière. Il n'est pas besoin d'insister longuement pour démontrer qu'il était inconnu du droit romain. Il suffit de rappeler le texte célèbre des Institutes dont notre article est la contre-partie presque textuelle : « Augeri dotes et post nuptias fuerat permisum... dotes constante matrimonio non solum augentur sed etiam fiunt » (1).

Rien n'empêchait les époux d'affecter la constitution de la dot d'une condition ou d'un terme. Les jurisconsultes nous ont consacré des exemples de ce genre (2).

Cependant on trouve en droit romain une restriction à la liberté des conventions matrimoniales qui, dans une certaine mesure, pourraient être rapprochées du principe de l'article 1395. S'il était en effet permis de modifier la composition de la dot au cours du mariage par une « permutatio dotis », c'est-à-dire de retirer à certains biens le caractère dotal pour l'attribuer à d'autres biens, c'était sous la réserve que ces pactes dotaux postérieurs au mariage ne pouvaient enlever à la femme ni même amoindrir,

1. Instit. Justi., liv. II, tit. VII, § 3. — *Sentences de Paul*, liv. II, tit. XXI, B, *sentence*, 1 : « Dos aut antecedit aut sequitur matrimonium et ideo vel ante nuptias vel post nuptias dari potest. » — D. liv. XXIII, tit. III, § 26-27. « Ita constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit. » — D. liv. XXIII, t. IV : « Pacisci post nuptias etiamsi nihil ante convenerit licet. » — Gaius, I, 55, 144 ; Gaius, I, 55, 118. —

2. Paul. Dig., XXIII, III, 41, § 3. Un débiteur de la femme promet la dot sous condition. — Julien, Dig. XXIII, III, 48. Stipulation de dot avec terme.

sans son consentement, le droit qu'elle a acquis sur sa dot. Cette règle s'appliquait, que le constituant soit le père de la femme ou un tiers (1). Évidemment, la liberté laissée aux parties par le droit romain est beaucoup plus grande que celle qui appartient aujourd'hui aux époux, mais il n'en est pas moins vrai que dans les deux législations on aboutit à une immutabilité : dans le droit moderne elle interdit les conventions qui modifieraient le régime ou les conséquences de ce régime, en droit romain elle interdit la convention qui diminuerait le montant des créances de la femme. Ce qui est immuable, c'est la valeur dotale que la femme doit retrouver, et il serait intéressant de rapprocher cette solution de l'évolution de la jurisprudence qui tend de plus en plus à substituer à l'inaliénabilité en nature proprement dite, l'inaliénabilité en valeur.

Quoi qu'il en soit, ce n'est que dans une faible mesure que le droit romain se rapproche du principe moderne. En tout cas, sauf les restrictions apportées à la « *permutatio dotis* » qui ne s'inspirent pas des mêmes idées que l'article 1395, une autre règle romaine est venue au temps d'Auguste porter atteinte à la liberté dont jouissaient les époux en matière de dot : savoir la défense de restituer la dot pendant le mariage. Tant que dure celui-ci, le mari ne peut être tenu de restituer la dot, puisqu'elle est constituée « *ad onera matrimonii sustinenda* ». Mais même il ne peut volontairement consentir à cette restitution anticipée, celui-ci remettant aux mains de la femme des biens dont elle pourrait librement disposer, risquerait d'en entraîner la perte. Or, il importe que les droits des femmes se conservent

1. Cuj., *Instit. juridiques*, II, p. 105. — Accarias, *Précis de droit romain*, p. 773. — Demangeat, *Cour élémentaire de droit romain*, I, p. 576. — Gaston May, *Éléments de droit romain*, I, pp. 123, 124, 125, 126, § 44, § 45, pp. 127, 128. — Girard, *Manuel élémentaire* (5), pp. 145-171.

pour leur permettre en cas de veuvage ou de divorce un nouvel établissement (1). De là, la défense de restitution de la dot « constante matrimonii ». Cette interdiction inspirée par la défiance contre la capacité des femmes en tant qu'administratrices, et par le soin d'assurer la conservation de la dot, n'a rien à voir avec le principe de l'immutabilité. Elle subit du reste des exceptions qui préparaient la réforme de Justinien, qui permit la restitution de la dot au moins dans l'hypothèse très fréquente où il y aurait « donatio propter nuptias ».

Cette donation, primitivement appelée « ante nuptias » consistait dans une libéralité faite à la femme par le mari ou un tiers et subordonnée à la condition « si nuptiæ secutæ fuerint ». Elle constituait une véritable convention matrimoniale, présentait à son origine un véritable caractère d'immutabilité puisqu'elle ne pouvait ni être constituée, ni augmentée, ni diminuée pendant le mariage (2).

Mais ces caractères ne tardent point à disparaître et de plus en plus la « donatio ante nuptias » fut soumise au règles de la dot. Le caractère d'immutabilité fut un des plus gravement atteints : Sauf dans quelques cas la « donatio ante nuptias » put être depuis Justin constituée, augmentée ou diminuée pendant le mariage (1 ; 14, Cod., « De donat. ant. nupt. », V. 3). L'assimilation complète entre la dot et la donation « propter nuptias » fut réalisée par Justinien (§ 3,

1. « C'est pas uniquement une pensée d'humanité et de faveur pour la femme. La loi « Julia de fundo dotali » fait corps avec la loi « Julia de adulteriis ». Elle se rattache à cet ensemble de mesures légales par lesquelles Auguste, se posant en restaurateur des mœurs, cherchait à pousser au mariage et à augmenter le nombre des citoyens. » Gaston May. p. 128, § 45.

Paul, 2 Dig., De jure dot., XXIII, 3. — Pomponius 1 Dig. Solut matrim, XXIV, 3. — « Nam et publice interest dotes mulieribus conservari quum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium. »

2. Girard M.-E. (5), pp. 966, 967. — Dareste, *Études d'histoire du Droit*, pp. 38 et suiv. — Viollot, *Histoire du Droit civil français*, p. 865.

Inst., De donat., II, 7 ; § 3, Inst., De donat., II, 7).

Sauf la restriction indiquée à propos de la « *permutatio dotis* », on peut donc conclure que les Romains n'ont point connu le principe de l'immutabilité, et il importe d'en chercher la raison.

Une règle fondamentale du droit romain aurait dû, semble-t-il, conduire cependant à cette solution ; les donations entre époux étaient interdites, du moins depuis une certaine époque postérieure à la loi Cincia (1) (550 de Rome). Or, nous verrons qu'un des motifs principaux mis en avant par les anciens auteurs coutumiers pour interdire les changements aux conventions matrimoniales, c'est d'attirer le respect de l'interdiction des dons entre époux. Bien que pareil danger fût à craindre à Rome, les jurisconsultes classiques n'ont point dégagé le principe de l'immutabilité, et cela pour une double raison : C'est que la dot ne leur apparaît pas comme acquise par le mari gratuitement, aux yeux du mari tout au moins la constitution de dot est une opération à titre onéreux, car on ne lui fait acquérir la dot qu'avec une destination particulière, « *ad onera matrimoni sustinenda* ». A ce titre la dot échappe aux règles restrictives des donations entre époux. Et la constitution d'une dot au cours du mariage n'est pas plus que son augmentation, considérée comme une libéralité. D'autre part, ainsi que le remarque M. A. Spincano (2) :

Si les Romains ne sont pas arrivés au principe de l'immutabilité, ce n'est pas par incapacité, mais parce qu'ils n'ont pas éprouvé la « nécessité de bâtir ». A quoi bon prohiber les modifications au régime matri-

1. A l'époque de la loi Cincia, les donations entre époux étaient encore permises. Au nombre « *des personæ exceptæ* » figurent le conjoint. Vat. frag., § 302 ; — « *ne mutuato amore spoliarentur, ne venalitia essent matrimonia* », 2 ; 3 pr., Dig. De donat. int. vir., XXIV, 1, Ulp., Paul, 32, pr. § 2. Dig., De « *donat inter vir.* » 1, Ulp.

2. Modification de l'article 1395 Cod civil. n° 62.

monial puisqu'il n'existait à Rome qu'un seul régime, le régime dotal. L'idée ne pouvait venir de s'emparer de l'avantage respectif de diverses combinaisons matrimoniales, ni le désir de passer de l'une à l'autre (1).

La solution romaine reste en vigueur dans les pays de droit écrit. Il était loisible aux époux de constituer ou d'augmenter la dot pendant le mariage. « On peut, dit Boutaric, constituer, augmenter une dot pendant le mariage. » (Institutes, page 216). « La dot pouvait être constituée ou augmentée tant par la femme que par ses parents, avant comme après la célébration du mariage, quand même ce ne serait pas le même jour (2). Toutefois une grave atténuation doit être signalée à cette affirmation : il semble bien que la faculté d'augmenter la dot pendant le mariage n'était reconnue qu'aux tiers et qu'elle n'appartenait pas à la femme. On lit en effet dans Denisart (V^e Dot, § 3, n^o 2, t. VII, p. 100) : « Il paraît certain (cette façon de parler laisse supposer que le point avait été discuté) que la femme pendant son mariage ne peut pas prendre sur ses biens paraphernaux pour augmenter ceux qui ont été constitués lors du mariage. » Cette solution refusant à la femme une faculté reconnue aux tiers était en contradiction avec la loi romaine.

Sur un autre point les pays de droit écrit admettaient une solution qui n'était point celle du droit romain, tout au moins du droit de Justinien. Ils

1. Spincano, p. 62. — « Quant aux autres conséquences, qui « auraient pu découler de l'adoption du principe, comme les règles « du régime dotal lui-même remédiait dans une grande mesure à « toute rigueur, c'est peut-être le cas de rappeler que de « mini-
« mis non curat practor. »

2. Duport-Lavilette, *Question de Droit*, n^o 11, p. 107. — Teissier, *de la dot*, n^o 11, p. 44. — Teissier, *Traité de la société d'acquêts*, p. 30. — Bouhier, sur la Coutume Bourgogne, ch. XXI, n^o 156. — Boucheul sur la Coutume Poitou, art. 229, n^o 14. — Lebrun, *Communauté*, liv. 1, chap. II.

avaient, en effet, conservé l'interdiction du droit classique de restituer la dot par anticipation, de crainte que la femme ne la dissipe. Cette solution s'explique par l'influence conservée en Gaule par le droit ante Justinien, notamment par le Code Théodocien. Les pays de droit écrit avaient conservé cette règle romaine antérieure aux innovations de Justinien (1).

Enfin, conformément à la solution romaine, tous les auteurs enseignaient, que la dot ne pouvait être diminuée pendant le cours du mariage.

Nous ne savons rien du droit gaulois, à part les indications contenues dans quelques lignes de César où l'on a voulu voir non seulement l'origine de la communauté, mais celle de l'inaliénabilité dotale et du remploi (De Bello gallico, t. VI, p. 19) (2).

Tout ce qu'on peut tirer de ce texte, c'est qu'il existait sans doute une certaine immutabilité, dans les conventions pécuniaires entre époux à l'époque gauloise.

Ce n'est donc pas l'influence du droit romain qui a fait pénétrer en droit français le principe de l'immutabilité.

On a prétendu trouver davantage à l'époque franque. L'immutabilité remonterait à la loi ripuaire qui, dans son chapitre XXXIX, n° 1, dispose : « Si quis mulierem desponsaverit, quiquid ei per tabularum seu chausarum instrumenta conscripserit, perpetualiter inconvulsum permaneat (3) ».

1. Savigny, *Histoire de droit romain au moyen âge*, t. II, p. 92.

2. Viri quantas pecunias dotis nomine, ab uxoribus acceperunt tantas ex suis bonis, æstimatione facta, cum dotibus communicant : Hugus omnis pecuniæ conjunctim ratio habetur fructusque servantur. Uterque eorum vita superavit ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum supervenerit.

M. Laferrière a voulu voir dans ce passage l'origine du remploi de l'inaliénabilité dotale.

3. Kuntz, *Revue générale de droit et de législation*, 1884, p. 22.

L'hypothèse prévue par ce texte serait, d'après M. Kuntz, la suivante: « Un homme sur le point de « prendre une femme pour épouse, fait dresser acte « de tout ce qu'il lui donne. Désormais, il ne sera « plus permis de modifier les clauses de cet acte, soit « en augmentant, soit en diminuant les libéralités « qui y sont inscrites. »

A l'appui de cette traduction, M. Kuntz fait remarquer que le terme « *inconvulsum* » est synonyme d'« *inviolabilis* » d'« *immutabilis* ». Il ajoute que l'hypothèse prévue au texte est conforme aux habitudes des Francs. Chez eux, comme chez les Germains, ce n'était pas la femme qui apportait à son mari une dot, c'était le mari qui l'apportait à sa femme. De plus, il était d'usage de rédiger un « *libellus dotis* », sorte de contrat de mariage, dans lequel le mari consignait tout ce qu'il donnait à la femme en l'épousant.

Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales aurait une double origine, il serait le résultat de la rencontre des traditions germaniques et de l'influence chrétienne.

A l'origine germanique se rattache l'usage de rédiger avant le mariage des conventions, et à l'influence chrétienne reviendrait de les avoir rendues immuables, comme lui-même. L'Église ayant, en effet, proclamé et fortement établi le principe d'indissolubilité du mariage, il en serait découlé comme conséquence logique l'idée que les conventions pécuniaires établies en vue de cette union doivent participer de cette permanence.

M. Kuntz croit trouver des preuves de cette conjecture dans un passage de la loi des Visigoths (liv. III,

tit. XI), dans un passage de Bignon, dans ses notes sur Mareulfe (liv. III, tit. XI). « Non et bonum esse hominem solum... Erunt duo in carne una et quod deus conjunxit homo non separet... Si quis libellum hunc dotes aliquid calumnaverit, auri libros quinque coactus exolvit », et dans quelques passages d'anciens jurisconsultes comme Leprestre (*Centurie*, I, ch. XCVIII, nos 10, 11, 12). Louet (Lettre M, sommaire, IV, n° 2). Toutefois, il est bien obligé de reconnaître que l'influence chrétienne aurait été insuffisante à elle seule à fournir la formule rigide de l'immutabilité à laquelle a abouti l'article 1395 et pour lui prouver un fondement plus juridique, il fait intervenir l'idée germanique de conservation des biens dans les familles. Le principe d'indissolubilité proclamé par l'Église, en se fondant avec le vieux principe de conservation des biens de la famille donné aux « libelli dotis » usités chez les Francs et aux conventions qu'ils contenaient, un caractère d'immutabilité qui aurait persisté en droit coutumier.

Cette opinion ne peut être admise. Le passage de la loi ripuaire, sur lequel elle s'appuie, a un tout autre sens. Il consacre non pas le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, mais celui de l'irrévocabilité des donations entre époux. La dot promise par le mari, dit la loi, et pour la fixation de laquelle celui-ci jouit d'une pleine liberté, ne pourra plus être révoquée après le mariage et devra toujours rester aux mains de la femme, ce que le texte exprime par les mots « perpetualit inconvulsa permanere » visant non le contrat de mariage, mais la « dot ex marito ». S'agit-il de ce don que le mari

pouvait en toute liberté assigner à sa femme, au moment de la « dispensatio », don qui sera irrévocablement fixé dans les termes de l'acte écrit (Lefebvre, *Histoire du droit matrimonial*, Introduction, p. 447). Le mari peut diminuer la libéralité faite à sa femme. Ainsi que l'a exactement remarqué M. Kuntz, cette solution se rapporte uniquement à la « dox ex marito ». Mais contrairement à ce que pense M. Kuntz, rien sur la loi ne permet d'affirmer que ces libéralités ne pouvaient être augmentées après le mariage, bien au contraire. L'usage d'augmenter alors le montant de la donation devait être fréquent, à en juger par les formules de donations qui ont été conservées. On ne peut donc s'attacher au texte de la loi ripuaire, comme établissant l'origine de notre règle. « Ce n'est autre chose que l'expression d'une garantie accordée à la femme comme un repentir du mari qui voudrait reprendre la dot solennelle promise lors du mariage. Pareille formule se rencontre toujours dans la bouche du donateur, dans tous les actes de donation, de sorte que le texte se réfère plutôt à l'histoire de l'irrévocabilité des donations qu'à celle de l'immutabilité des conventions matrimoniales » (Planiol D. 1905.2.1. note).

Quant aux arguments de texte invoqués par M. Kuntz, ils sont sans valeur. Le texte de Bignon prouve seulement, ce que personne ne conteste, le caractère sacramentel du mariage à cette époque, représentation de l'union du Christ et de son Église. On peut également en déduire la preuve que le mari avait l'habitude de rédiger par écrit les donations faites « nuptiarum causa », mais cette constatation est étrangère au principe qui nous occupe. Il en est

de même du passage de la loi des Visigoths (liv. III, tit. IV), invoquée par M. Kuntz, ainsi que du 8. XXXV, de la loi ripuaire qui s'occupe du mariage en tant que lien sacramentel. Quant aux anciens auteurs coutumiers, ils peuvent seulement nous faire connaître leurs opinions personnelles, les motifs qu'ils ont imaginés après coup, pour expliquer les principes, mais ils ne nous éclairent pas sur son origine.

Louet nous a raconté tout au long l'élaboration du principe nouveau dans les arrêts de la fin du xvi^e siècle (*Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, augmentés par Jules Brodeau, lettre M, sommaire IV : « Si les conventions des contrats de mariage se peuvent réformer »), mais il ne rattache nullement l'origine à la loi ripuaire. S'il cite ce texte, c'est à propos d'un arrêt du Parlement de Paris, statuant sur une question d'irrévocabilité des donations et non pas d'immutabilité des conventions matrimoniales. Il cite la loi ripuaire en même temps qu'un texte de Paul, et c'est seulement après avoir raisonné sur ces deux textes (propos de l'irrévocabilité des donations) qu'il dit : « Pour cette même raison, les contre-lettres en matière de contrat de mariage, sont prohibées et défendues » sans établir aucun lien entre la loi ripuaire et cette solution.

La raison pour laquelle la loi ripuaire, au dire de M. Kuntz, établit l'immutabilité, ne paraît pas davantage admissible. M. Kuntz voulant faire ressortir de la ripuaire l'origine de l'article 1395 ne peut faire, étant du motif invoqué par les anciens auteurs, tirer du principe de l'interdiction des donations entre époux, puisqu'il n'existait pas encore, à l'époque de

rédaction de cette loi. Du moment que la prohibition des donations entre époux ne nous semble pas, au point de vue historique, donner l'explication de cette règle, il faut bien trouver un autre motif à cette prétendue immutabilité établie par la loi ripuaire, et M. Kuntz croit le trouver dans le désir d'assurer la conservation des biens dans les familles : c'est pour cela qu'on aurait interdit de modifier les contrats de mariage par contre-lettres. Mais elle est en contradiction avec toutes les indications fournies par la jurisprudence des Parlements et la doctrine ancienne sur l'élaboration historique de notre règle unanimement rattachée par ces documents au principe de l'interdiction des donations entre époux (Spincano, p. 68).

L'interprétation de M. Kuntz se heurte en second lieu à une autre considération. Si l'immutabilité avait vraiment son origine dans la loi ripuaire, on aurait dû la retrouver dès avant le ^{xiii}^e siècle, où nous la voyons formulée. Les conséquences (impossibilité de modifier les donations par contrat de mariage) auraient dû s'appliquer du ^{viii}^e au ^{xiii}^e siècle. Or, dans cette période, on n'en rencontre pas d'application. Bien plus, nous possédons des documents de cette époque qui viennent prouver que l'immutabilité n'existait pas. Telles sont, notamment, les deux chartes, n^{os} 1412 et 1413 du *Cartulaire de Cluny* (Thèse Thuillier. Paris, 1912, pp. 38 et 39 cité par M. A. Hugot, p. 18).

Nous le trouvons au contraire reconnu en droit coutumier au ^{xv}^e siècle, mais il a existé « en fait » avant que de « devenir un principe de droit » (1).

1. Planiol, note sous Paris, 24 mars 1903. D. 1905. 2. 1.

La première mention se trouve dans les notes de Dumoulin sur la Coutume de Paris publiées après sa mort (*Opera omnia quere* existant sur l'art. 110, n. 4, édit. de 1681, p. 871). On y lit, que si la première est séparée de biens par son contrat, le mari ne peut pas se réserver la faculté de l'appeler à la communauté dans un certain délai. Mais ce n'est encore là qu'une prohibition particulière, et la défense de modifier le contrat primitif ne prit une forme générale qu'un peu plus tard, par les arrêts de la fin du xvi^e siècle. Deux de ces arrêts surtout sont importants : ceux du 15 mai 1589 et du 5 avril 1605 qui fixèrent d'une façon définitive la jurisprudence dans le sens de l'immutabilité en faveur de laquelle s'étaient antérieurement prononcées deux autres décisions de 1584 et 1585 auxquelles elles renforcèrent.

L'espèce sur laquelle eut à se prononcer l'arrêt du 15 mai 1589 était la suivant (1) : par contrat de mariage il avait été stipulé que le survivant des époux ne donnerait aux héritiers du prédécédé qu'une somme de 2.000 livres. Cette clause ayant été modifiée au cours du mariage par une convention passée dans les mêmes formes et avec les mêmes solennités que le contrat primitif, la femme se fondant sur le droit romain, notamment sur la loi « *lex inter socerum* » (2), elle disait : « De disposition de droit, il était permis de se départir des premières conventions matrimoniales ». Louet rapporte que le mari répon-

1. Louet, *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*. Lettre M. Somm. IV, n° 2.

2. « Cum inter, in fine, in hec verba, si postea nihil aliud conveniat de pactis dotalib, ff. ».

dait que la convention modificative était nulle comme contraire aux bonnes mœurs, car s'il était permis de changer les conventions matrimoniales « il ne se trouvait aucun mariage en repos, ce ne serait que rixes et contentions » ; suivant les changements qui se produiraient dans la composition de la fortune des époux, on changerait les conventions matrimoniales rendant aliénables des biens qui ne l'étaient pas, dissipant les biens en se soustrayant à l'obligation de remploi, transformant en acquêt le propre conventionnel ; « le mariage, concluait-il, établit une loi irrévocable en la famille et en la communauté confirmée par la consommation du mariage ». Pour ces motifs, la Cour déclara nul le second contrat en se fondant sur l'utilité publique, l'honnêteté d'entre mari et femme et le repos des mariages. Cette solution avait déjà été adoptée par le Parlement quarante-cinq ans plus tôt (le 7 janvier 1544). Louet, en rapportant cet arrêt, remarque que la liberté ordinairement laissée aux contractants de détruire leur convention par un mutuel dissentiment, n'est pas de mise en « contrat de mariage, qui est de droit public » et que pour cette raison il n'est pas permis aux parties de le réformer ni d'y rien changer après le mariage célébré et consommé qui, autrement, n'eût point été fait, suivant la clause ordinaire qu'on a coutume d'y insérer. « C'est à propos de cette décision que l'arrêt cité après avoir rapporté le titre XXXIX de la loi ripuaire et un passage des *Sentences* de Paul concluait : « et pour cette même raison les contre-lettres en matière de contrat de mariage sont prohibées et défendues. »

L'espèce sur laquelle le Parlement eut à se pro-

noncer, prouve qu'en 1544 ni même encore en 1589 le principe de l'immutabilité n'était pas encore établi d'une façon indiscutable. Il n'avait pas encore acquis la rigidité sous laquelle il est formulé par l'article 1395. Ce n'étaient pas seulement comme aujourd'hui les applications du principe, c'était le principe lui-même qui était discuté. « Toutefois, si de disposition de droit la règle n'existait point encore, elle était tout au moins dans l'air, il était visible que sa reconnaissance s'annonçait prochaine » (Spincano, p. 79).

Le Parlement de Paris eut en 1605 une nouvelle occasion d'affirmer le principe de l'immutabilité : il avait été stipulé par contrat de mariage que l'époux survivant sans enfant prendrait en pleine propriété tous les meubles et acquêts. Au cours du mariage, les époux modifient cette clause, en attribuant au survivant une moitié en propriété, une autre moitié en usufruit. Ils croyaient ainsi faire un don mutuel conformément à l'article 228 de la Coutume de Paris. Ils redonnaient en outre à leur nièce 150 livres pour son établissement. A la dissolution du mariage, la veuve sans enfant se prévalant du premier contrat réclama la moitié des meubles et acquêts. Les héritiers du mari, au contraire, soutinrent que seule la seconde convention était valable, qu'elle constituait un don mutuel permis par la coutume; qu'elle ne contenait aucun avantage car « *in reciproca remissione sequelis spei nullus lædi intellegitur* » et que même elle corrigeait les inconvénients de la clause primitive « *quæ captandæ mortis causa induere poterat* ». La veuve invoquait l'ordre public tant

pour la conservation du mariage que pour le repos des familles. Elle invoquait la nullité des contre-lettres comme contraire aux bonnes mœurs et elle ajoutait que : « Per contractum matrimonis ex duabus personis sit una persona uno caro, duo in carne una », qu'il y a donc deux personnes qui se sont données l'une à l'autre « certis ligibus » auxquelles on ne peut pas déroger. La Cour, se rangeant à ces raisons, débouta de sa demande les héritiers du mari, et la femme fut autorisée à conserver les meubles et acquêts en propriété.

Ainsi se constitua le principe de l'immutabilité. Les époux s'accoutumèrent à insérer dans leur contrat une clause s'interdisant de modifier le contrat de mariage ni d'y rien changer après la célébration du mariage. La répétition de cette clause transforma cette pratique en un usage sanctionné judiciairement par la nullité des conventions contraires, et que le Parlement traduisit dans une formule juridique. Il y fut conduit par différentes raisons : la prohibition de dons entre époux ; l'influence de certaines règles de la dote romaine passée en pays coutumier ; l'idée d'indissolubilité du mariage ; le souci de l'intérêt des tiers (la foi publique) et de maintenir le pacte de famille conclu par le mariage. Le Parlement a été ainsi amené à créer la formule de l'immutabilité dont il ne trouvait pas de précédent dans les textes antérieurs.

Ces décisions que nous avons rappelées fixèrent la jurisprudence dans le sens d'une immutabilité absolue et toutes les tentatives faites pour y porter des corrections échouèrent (Cf. Lebrun, *Traité de la*

Communauté, liv. I, ch. III, nos 21 à 29. — Ferrière, *Coutume de Paris sur l'art. 220*, nos 33 et 42).

Le principe de l'immutabilité était reçu dans la plupart des coutumes et à part quelques exceptions (Bruxelles, art. 240) on peut dire que le droit coutumier était arrivé à une application de ce principe presque aussi rigoureuse que le Code civil. Les auteurs le reconnaissent presque aussi unanimement, sauf à ne pas s'entendre sur les motifs et l'étendue de la règle.

Néanmoins, deux idées essentielles étaient invoquées auxquelles d'autres sont venues s'adjoindre comme argument subsidiaire.

La première est celle invoquée par Dumoulin : « Quia uxor potest intra quinque annos habere opulentam mobilium successionem, et hunc potest eligere communionem, et ditaret maritum pauperem... et certe melius est non valere, ne per indirectum fiat fraus legi » (Opera... sur l'art. 110, n. H, éd. 1861, p. 871). Dumoulin craignait que le mari ne fit un rappel à communauté pour y faire tomber une succession mobilière échue à sa femme. Il y aurait eu là un moyen de tourner la prohibition des dons entre époux. La crainte de voir les époux se faire des donations sous forme indirecte est en effet la principale raison invoquée par les auteurs. On sait combien était rigoureuse la prohibition de donations entre époux dans l'ancien droit, souvent même les coutumes interdisaient entre époux les contrats à titre onéreux dans la crainte qu'ils en cachent une libéralité. Or, le contrat de mariage est plus que tout autre propre à atteindre ce but ; il est donc nécessaire d'interdire de le modifier après la célébration

du mariage. Aussi tous les anciens auteurs mettent-ils en lumière ce motif pour justifier l'immutabilité des conventions matrimoniales (1).

Il était d'autant plus nécessaire de prohiber ces modifications, sources possibles de libéralités indirectes, que l'on pouvait toujours supposer qu'elles n'étaient pas l'expression d'une libre volonté, et qu'elles avaient été plus ou moins passées sous l'influence d'un des époux. S'il était permis d'altérer les clauses des conventions matrimoniales, disait Bouhier, celui qui aurait le plein pouvoir sur l'autre n'oublierait rien pour faire changer à son profit les conventions (*Sur la Coutume de Bourgogne*, chap. XXI, n° 157, — Dans le même sens : Basnage, *sur la Coutume de Normandie*, art. 388. — Dumoulin, *sur la Coutume d'Auvergne*, art. 26, chap. XIV).

D'autres auteurs ajoutaient que le pacte matrimonial est un contrat d'un caractère exceptionnel qui intéresse non seulement les époux, mais les familles, les enfants à naître du mariage, et aussi l'honnêteté publique. « Les lois des deux familles, disait Bouhier, (*sur la Coutume de Bourgogne*, chap. XXI, n° 157), regardent l'intérêt des enfants à naître, l'honnêteté publique et le repos du mariage, » C'est un argument que nous avons déjà entendu dans les affaires soumises au Parlement. « Le contrat de mariage est un pacte dont dépendent trop d'importants intérêts pour qu'il soit permis aux parties de le modifier à

1. D'Argentré *sur Bretagne*, art. 221, glose 3, n° 1. — Charondas le Caron, *Pandectes*, liv. II, p. 47. — Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. I, chap. III, n° 9. — Renusson, 1^{re} partie, chap. IV, n° 12. — Bourjon, *Droit commun de la France*, 1^{re} partie, chap. III. — Sect. I, dist. 3, n° 11. — Pothier, *Traité des donations entre mari et femme*, n° 78.

leur gré » : ils doivent servir de lois et de règles dans la famille pour régler les successions et les droits des enfants qui naîtront du mariage et d'autres héritiers [Ferrière, sur l'art. 258,8 de Paris-glose 1]. Aussi n'est-il pas étonnant qu'on proclame du droit public ce qui touche leur réglementation. « Ils sont « de droit public et concernent non seulement ceux « qui les font, mais la famille, la parenté, même l'État » (Lepestre, *Arrêts Centurie*, chap. XCVII, n° 10, 11, 12). Voici donc apparaître cette idée de l'intérêt des tiers exigeant le respect de foi publique à laquelle le Code civil devait donner son plein développement mais que les anciens auteurs n'avaient cependant pas ignoré : « la foi publique du contrat, dit Tronçon, ne doit pas être éludée par des pactions secrètes » (*le Droit français et la Coutume de Paris*, art. 258). Aussi toutes contre-lettres sont donc prohibées, car elles pourraient blesser la foi due à toute personne que cette fraude pourrait intéresser (Berthou, *Décision du droit civil*) (1).

Une autre idée tout à fait conforme à l'esprit de l'ancien droit venait renforcer les arguments tirés de l'intérêt des familles et des tiers, c'était l'idée d'assurer la conservation des biens dans la famille. Elle conduisait ceux qui l'invoquaient de faire certaines distinctions, parmi les conventions modificatives. Ferrière, tout en déclarant nulles aussi bien les contre-lettres antérieures au mariage que celles passées après sa célébration, attendu que le texte de la Coutume de Paris ne distinguait point (Paris, 258) : « les contre-lettres faites à part et sans la personne des parents qui ont assisté au contrat de mariage sont

1. Louet, A lettre M, sommaire 4, n° 2.

nulles », permettait aux époux, qui, pour éviter les oppositions abusives des collatéraux, avaient hâté la célébration du mariage, de faire leur contrat de mariage après la célébration. Il exigeait toutefois pour sa validité qu'il ne fût pas fait trop longtemps après celle-ci, et qu'il fût le plus possible conforme à la coutume rédigée devant les proches (Ferrière, sur l'article 258, 31 et 42). De même Dumoulin, dans la mesure où il rattachait notre règle à l'idée de conservation des biens dans la famille, autorisait les changements qui ne nuisaient pas à la famille et n'intéressaient que les époux. C'est pour ce motif qu'il les autorisait à substituer la séparation de biens à la communauté (sur Paris 258). Nous avons vu, au contraire qu'il repousse la solution inverse et refuse aux époux de passer d'un régime exclusif de communauté au régime de communauté tel qu'il était réglé par la coutume. Mais cette solution se rattache à la prohibition des dons entre époux. Aussi apparaît déjà dans l'ancien droit l'idée que nous avons indiquée, que, suivant qu'elle se rattache plus spécialement à l'un ou à l'autre des motifs invoqués, la jurisprudence admet ou rejette certaines clauses qui peuvent paraître à première vue contraires à l'immuabilité. C'est ainsi, du reste, que la jurisprudence ancienne (Brodeau sur Louet, Lettre M, chap. IV) admet pendant un certain temps la validité de la clause condamnée par Dumoulin et par Lebrun (*Communauté*, liv. I, chap. III, n° 9). L'opinion de ces auteurs finit du reste par triompher en 1763. Denisart écrivait que les époux ne pouvaient se réserver par contrat la faculté de rétablir une communauté qu'ils avaient exclue par le même contrat.

« L'exercice de cette faculté tombant dans un temps prohibé la rend vaine et illusoire (Denisart, *Communauté*).

L'immutabilité des conventions matrimoniales apparaissent enfin comme répondant dans le domaine des intérêts pécuniaires à l'idée que le mariage crée entre les personnes des époux un lien indissoluble. L'immutabilité du contrat de mariage, est dans cet ordre d'idées le pendant de l'indissolubilité. Brodeau [sur Louet, Lettre M. Sommaire, IV, n° 3] a parfaitement exprimé cette idée en rapportant un arrêt du Parlement qui l'invoque également : les conventions matrimoniales doivent demeurer fixes, stables, perpétuelles sans qu'il soit plus au pouvoir des conjoints d'y rien changer, ni altérer, ni diminuer, l'autorité publique d'un contrat ne pouvant être blessée sans violer en quelque sorte la dignité du sacrement qui le confirme, soutient et fait subsister toutes sortes de conventions qui ne combattent point l'honneur du mariage ». Déjà le Parlement de Paris, en 1677, avait dit que la première raison de l'irrévocabilité du contrat de mariage résulte de la connexité qu'il y a entre le mariage après qu'il a été une fois célébré, et les conventions sous lesquelles il a été contracté, lesquelles doivent être de même nature (1).

Le principe était donc bien établi et abondamment justifié. Son application se trouvait néanmoins empêchée par la possibilité de faire un contrat de mariage sous seing privé, du moins dans certaines provinces (2). Il était donc facile aux époux, en anti-

1. Brodeau sur Louet, Lettre M. Sommaire 4, n° 3. — Leprestre, *Arrêt centurie*, I, chap. XC, 8, nos 10, 11, 12.

2. Pothier, *Intr. au Traité de la communauté*, n° 12; *Normandie*, n° 12.

datant leur contrat, de détourner la règle de l'immu-
tabilité (1). Même dans les coutumes qui exigeaient
que le contrat de mariage fût passé par devant
notaire, la jurisprudence validait souvent des con-
ventions sous seings privés, tout au moins lorsqu'elles
ne contenaient pas de donation ou ne contenaient
que des donations à cause de mort. L'ordonnance
de 1531 n'exigeait en effet la forme notariée que pour
les donations entre vifs. Cependant la jurisprudence
exigeait pour la validité de ces contrats sous seings
privés, la signature des parents des époux, car elle
voulait éviter que les conventions matrimoniales
n'eussent un caractère clandestin et ne fussent pas-
sées après la célébration du mariage. Cette solution
n'allait pas sans faciliter les fraudes au moyen d'une
antidate.

A la veille de la Révolution, le principe de l'immu-
tabilité était donc unanimement admis en droit cou-
tumier et dans les pays de droit écrit il y avait au
moins une application que la dot ne pouvait être
diminuée après le mariage, mais les jurisconsultes
ne s'entendaient point sur les motifs et sur l'étendue
de la règle.

Le Code civil

L'article 1395 est l'aboutissement de la jurispru-
dence des Parlements. Il donne du principe de l'im-
mutabilité une formule précise et uniforme à laquelle
nos anciens auteurs n'avaient pu arriver.

Art. 1394 : « Toutes conventions matrimoniales

1. Pothier, *idem*.

sont rédigées avant le mariage, par acte devant notaire (art. 1395) : elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. » Nous rapprochons ces deux articles, car le premier nous paraît être invoqué lui aussi par le principe de l'immutabilité. Ce n'est pas tant comme on l'a dit parce que le contrat de mariage contient souvent des donations ou parce qu'il importe que les futurs époux soient éclairés par les conseils d'un homme de métier que le Code civil exige la forme notariée pour le contrat de mariage. Il exige surtout, pour assurer l'immutabilité du contrat, par la conservation chez le notaire de la minute de cet acte. Une convention sous seing privé pouvait être détruite par les époux, au cours du mariage : tels qui auraient adopté le régime de la séparation de biens, se trouveraient de ce chef mariés sous le régime de la communauté légale, chez le notaire, au contraire, on trouvera toujours l'acte primitif ; de plus, dans les actes sous seings privés, les altérations peuvent être fréquentes, elles n'existeront pas dans la minute d'un acte notarié. L'acte notarié en brevet ne suffirait même pas et pour les mêmes raisons, car il pourrait être détruit par les époux. Sans doute on en retrouverait bien quelque trace chez le notaire qui l'aurait reçu, mais il serait impossible d'en reconstituer les dispositions.

Pour quels motifs le Code civil a-t-il consacré le principe de l'immutabilité ? Il importe tout d'abord de mettre hors de cause un certain nombre de motifs invoqués par les anciens auteurs et qui ne pouvaient plus trouver d'application dans le nouvel ordre de choses établi par le Code.

Le motif tiré de l'indissolubilité du mariage sacre-

ment, n'a plus de valeur depuis que la loi ne considère plus le mariage comme un contrat civil. D'autre part le motif tiré des désirs de conserver les biens dans les familles, était également écarté car le Code civil a complètement répudié cette idée, et s'inspire plutôt du désir d'assurer la libre circulation des biens.

Reste dès lors les arguments tirés de l'interdiction des donations entre époux, du caractère de pacte de famille du contrat de mariage, de l'intérêt des époux et celui des tiers.

L'idée de donation entre époux qui a joué un rôle dans les préoccupations des rédacteurs du Code civil, peut être invoquée aujourd'hui pour justifier le principe de l'immutabilité.

A première vue il semble que l'on doive répondre à cette question par la négative. Le Code civil n'interdit plus les donations entre époux, il les admet, mais seulement en tant que libéralités révocables. Dès lors le Code civil aurait dû, semble-t-il, permettre les modifications au contrat de mariage à condition de les faire essentiellement révocables, par suite de leur traditionnelle assimilation aux donations.

Tel n'a cependant pas été l'avis des rédacteurs du Code civil. Ils ont maintenu l'immutabilité d'une façon absolue, tout en permettant les donations révocables entre époux. On n'a pas manqué de leur en faire grief ils auraient fait preuve d'inconséquence en maintenant uniquement par tradition historique, et parce qu'ils le trouvaient formulé chez les anciens auteurs, le principe de l'immutabilité (Hugot, p. 32). En effet, rien n'empêche les époux sans remanier leurs conventions matrimoniales, de tourner l'article 1.096.

Il leur suffit de faire un des contrats que la loi leur permet de conclure entre eux, et le combiner de façon à assurer un avantage à l'un des contractants. Le mari, par là, donnera à la femme en dation en paiement un immeuble d'une valeur supérieure à ce qu'il lui doit (Hugot, p. 38).

Néanmoins, la raison de l'ancien droit n'a point cessé d'être valable, et la règle de l'immutabilité se rattache comme autrefois au régime des donations entre époux. On ne peut argumenter de la révocabilité de celle-ci, pour conclure à la mutabilité des conventions matrimoniales ; car les modifications constitueraient des avantages indirects au profit de l'un ou de l'autre conjoint. Or, la loi prohibe tout avantage déguisé, même dans les limites de la quotité disponible (art. 1.099 du Code civil, al. 2). Ce texte permet de déjouer le procédé indiqué comme permettant aux époux de contrevenir à l'article 1.096. Aussi n'a-t-on pas manqué de dire que la mutabilité du contrat de mariage étant admise il serait facile de l'appliquer aux conventions modificatrices qui constitueraient une donation déguisée.

Sans doute, mais l'application de ce texte (art. 1.099 al. 2) deviendrait alors singulièrement plus compliqué qu'aujourd'hui, car « il est évident que la « liberté de modifier à volonté le contrat primitif « rendrait possible une foule de combinaisons dans « lesquelles il serait difficile de reconnaître les libéralités qui s'y trouveraient cachées » (1). Le premier motif s'est donc atténué sans disparaître (2).

1. Planiol, note précitée.

2. Planiol, t. III, n° 814, p. 24.

D'autre part, l'annulation d'un acte présentant une apparence de validité, est en pratique une chose grave : c'est une sérieuse entrave aux opérations juridiques et à la circulation des biens. La possibilité de demander la nullité pourrait en outre induire l'époux qui trouve désavantageuse pour lui la convention modificatrice qu'il a passée, à en demander la nullité, sous prétexte qu'elle dissimule une libéralité. Il n'est pas bon, en législation, de multiplier les occasions dans lesquelles les contrats peuvent être annulés. Or, c'est à ce résultat qu'aboutirait l'abrogation de l'article 1.395.

D'autre part, il est difficile de nier que le contrat de mariage, même de nos jours, présente à beaucoup d'égards le caractère d'un pacte de famille. Les parents des deux époux consentent souvent des sacrifices considérables en vue de leur mariage, et une modification non consentie par eux apparaît comme une violation de la loi du contrat. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Bastia, 1856. D. P. 56.2.59.

*« Considérant que les contrats de mariage sont
« par leur nature même des pactes de famille, que
« leur caractère essentiel est l'immutabilité. »*

On a bien cité en sens contraire un arrêt du Parlement de Paris du 17 mai 1762, qui a jugé que le contrat de mariage ne pouvait pas être considéré comme une convention intervenue entre les deux familles. et qu'il était seulement un contrat entre les deux époux. Mais, cet arrêt avait un but tout spécial que Pothier nous a expliqué (1), il ne cherchait nul-

1. Planiol, note précitée. — Pothier, *Traité de la communauté*, n° 339

lement à ébranler le principe de l'immutabilité.

La solution du Code civil est certainement aussi inspirée par la crainte de l'influence réciproque des époux et le souci de la part du mariage. Avant le mariage, en effet, les époux jouissent d'une complète indépendance, et peuvent discuter leurs intérêts en toute liberté ; après, au contraire, il y en a presque toujours un qui domine l'autre, et la faculté de modifier les conventions matrimoniales aurait fourni au plus fort un moyen d'oppression contre le faible. Sous l'empire de la menace ou de la passion, celui-ci se laisserait arracher au cours du mariage une stipulation désavantageuse pour lui qu'il aurait au contraire refusé d'insérer dans le contrat. En déclarant l'immutabilité, les rédacteurs du Code civil ont voulu protéger l'époux le plus faible, et spécialement la femme, contre les abus d'autorité de l'autre. Ils ont voulu tarir une somme de discordes domestiques, et ainsi que le dit la Cour de Rouen, 15 décembre 1891. D. 92. 2. 438, assurer la paix des familles en ne permettant pas que des stipulations sur la foi desquelles le mariage a été contracté puissent subir un changement ou être exécutées sous l'influence de la passion ou de la crainte (1).

On a prétendu que cette idée avait fait son temps et devrait être abandonnée (2). L'avant-projet du Code civil suisse a écarté cet argument tiré de l'influence possible d'un époux sur l'autre, en faisant remarquer qu'il n'appartenait pas de la loi de combattre l'in-

1. Cf. Alger, 13 Décembre. D. 1901. 2... 140 ;... La règle de l'immutabilité du régime matrimonial a été établie dans un but de protection pour les époux.

2. Hugot, p. 32.

fluence exercée par l'individualité la plus forte sur la plus faible, parce que, « dans la plupart des cas elle ne tendra qu'au bien commun », que la loi n'a pas à se préoccuper de protéger les gens peu doués contre ceux qui le sont davantage ; cette crainte de l'influence d'un époux sur l'autre devrait faire exclure aussi bien le principe de liberté des conventions matrimoniales, car elle s'exerce également avant le mariage (1). On a contesté que le principe de l'immutabilité maintienne la paix dans la famille, et on a ajouté que les époux peuvent facilement éluder les prescriptions de la loi. Et voici l'hypothèse que l'on emprunte au théâtre contemporain : « Dans une pièce intitulée, *les Amants légitimes*, l'auteur nous montre un gendre emprisonné dans les règles d'un contrat admirablement fait par une belle-mère, habile procédurière, dans le but de protéger les intérêts pécuniaires de sa fille ; qu'arrive-t-il ? c'est que la belle-mère et le gendre ne s'entendent pas du tout et que le mari et la femme sont sur le point de se fâcher ; ils n'évitent la brouille fatale qu'en divorçant, et, par ce procédé, ils violent impunément le principe de l'immutabilité que l'article 295, alinéa 2 pensait préserver en interdisant aux époux qui se remarient d'adopter un régime matrimonial différent du régime primitif (2) ; en effet, dans l'intervalle qui sépare le divorce du second mariage, la femme est souveraine maîtresse de ses actes et de

1. Exposé des motifs, p. 104.

2. A. Janvier et M. Ballot, *les Amants légitimes*, pièce représentée pour la première fois au théâtre du Gymnase, le 10 février 1893.

ses biens ; elle peut dissiper toute sa fortune si elle le veut. Ainsi le principe de l'immutabilité ne protège que bien mal la faiblesse d'un époux contre l'influence de l'autre ; au moyen d'un artifice habile et assez simple, les conjoints détruiront la protection gênante à l'accès d'un régime imposé par la sollicitude maladroite de parents trop prudents. »

Nous avons cité le passage entier, textuellement, sans être convaincu par le raisonnement. On divorce au théâtre, plus facilement qu'au palais et l'artifice n'est pas aussi simple qu'ont voulu bien le dire.

Des auteurs peu favorables à l'immutabilité, comme MM. Colin et Capitant, estiment que le législateur a eu tort de redouter « cette fraude compliquée qui consisterait pour les époux, désireux de modifier leur contrat de mariage à feindre des dissentiments graves, à supporter les faussetés et les rigueurs d'une instance en divorce » (p. 231) et supposé même que le cas se présente, ce sera toujours à titre très exceptionnel, et la combinaison est trop compliquée pour qu'elle puisse être indiquée comme une fissure sérieuse au principe de l'immutabilité.

C'est surtout de l'intérêt des tiers que s'est préoccupé le Code civil. A leur égard, il importe que le régime matrimonial soit stable ; il faut les garantir contre les mécomptes ou les fraudes auxquelles les exposerait la latitude laissée aux époux de modifier d'une manière plus ou moins profonde les bases ou conditions de leur régime matrimonial (1). Les tiers

1. Troplong, I. 202. — Aubry et Rau, § 509 bis, p. 501, n° 1, 5^e édition. — Gnillouard, *Contrat de mariage*, I. 215.

traitant avec les époux sur la foi de leur contrat primitif seraient exposés à subir un préjudice, dans l'ignorance des contre-lettres passées depuis le mariage.

Cependant on a vu que l'intérêt des tiers ait inspiré les auteurs du Code. La loi aurait pu, si cet intérêt les avait guidés, autoriser les changements, en disant qu'ils seraient soumis à la publicité. Cette objection est un anachronisme. Le Code n'avait pas su trouver un moyen d'assurer la publicité du contrat de mariage, avant le mariage ; il est donc à présumer que, sans songer à la possibilité d'organiser une publicité, il a estimé que le contrat de mariage devait rester intangible dans l'intérêt des tiers. Du reste, les travaux préparatoires sont formels en ce sens. Le conseiller d'État Berlier disait dans son exposé des motifs (10 pluviôse an XII) : « Ces dispositions communes aux deux régimes que nous venons d'examiner (1) ont eu pour objet d'empêcher dans l'un et dans l'autre des fraudes envers les tiers, telles que celles dont le passé n'a offert que trop d'exemples.

« Le gouvernement entre certainement dans vos vues, toutes les fois qu'il enlève à la mauvaise foi quelques-uns de ses nombreux asiles, ou qu'il en rend l'accès plus difficile » (2). On comprend en effet que les personnes qui traitent avec les époux, avaient grand intérêt à être exactement renseignées sur l'état de leur régime matrimonial, pour appré-

1. *Régime dotal et communauté.*

2. Au Corps législatif (séance du 20 pluviôse an XII), le tribun Siméon tenait le même langage. Dalloz. *J. C. n° Contrat de mariage*, p. 14-31.

cier la capacité de la femme, les pouvoirs du mari sur les biens de celle-ci, pour savoir s'ils peuvent acheter un immeuble, sans risquer de se voir opposer l'inaliénabilité. Si le régime était valable au cours du mariage, les causes d'erreur deviendraient grandes, les tiers pourraient ignorer les modifications apportées au contrat primitif, être surpris par des changements imprévus qui jetteraient l'incertitude dans les affaires » (1). Malgré la valeur de sa raison le principe du Code est fortement attaqué aujourd'hui. Acceptons que le motif tiré de la nécessité de protéger un époux, spécialement la femme contre l'abus d'autorité ou la passion de l'autre, n'ait pas la valeur, que répond-on aux motifs tirés de la famille et de celui des tiers ?

On a sur ces deux points formulé de nombreuses critiques contre l'immutabilité. Voici comment les résume un ouvrage récent (Colin et Capitant, t. III, p. 31) :

« Cet intérêt (celui des constituants de la dot, celui de la famille) est évidemment respectable, mais il ne doit pas faire perdre de vue celui des époux qui est primordial, dominant. »

Or, n'est-il pas absurde d'imposer à des gens qui se marient une charte intangible, immuable qui les régira durant toute leur vie, alors que des changements dans leur situation pécuniaire peuvent exiger une modification de leurs accords primitifs ? »

« Et plus loin : « Ajoutons que l'immutabilité entrave fréquemment la conclusion entre époux d'opérations juridiques qui pourraient être fort utiles.

1. Planiol, t. III. p. 24, n° 814.

« C'est elle notamment qui emporte la nullité des sociétés entre époux. »

Et les savants professeurs concluent. « Nous croyons donc qu'il serait utile d'effacer de notre loi civile le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. »

Évidemment ces raisons paraissent séduisantes. Il ne serait pas difficile de trouver à leur appui des exemples pour montrer les inconvénients de la règle. Mais suffiraient-ils à justifier son abrogation ! En face de ses inconvénients, ne convient-il pas de mentionner ses avantages : La stabilité des conventions matrimoniales est, dans nombre des cas, une garantie efficace contre les entraînements ou les pressions qui, quoiqu'on dise, peuvent se produire après le mariage et contre lesquelles la loi doit protéger l'époux le moins fort. La raison des vieux auteurs, le souci de ne pas troubler la paix du ménage reste toujours bonne parce qu'elle est tirée de l'expérience de la nature humaine. Les partisans de la mutabilité sont du reste obligés d'apporter à leur opinion de sérieuses restrictions qui lui enlèvent une partie de sa valeur. C'est ainsi que MM. Colin et Capitant, obligés de reconnaître que l'intérêt de la famille et du constituant de la dot n'est pas négligeable, admettent qu'il faut tenir compte de la volonté des parents qui ont constitué la dot dans le contrat de mariage, et ont stipulé des garanties au profit de la fille donataire. Il ne saurait donc être permis aux époux d'écarter par une convention postérieure soit l'inaliénabilité, soit l'obligation d'emploi ou de remploi imposés au mari, autrement qu'avec le consentement des parents, parties aux con-

ventions initiales. Et si ceux-ci refusent leur consentement ? Pour reprendre l'exemple des amants légitimes, croit-on qu'une belle-mère aurait facilement consenti à la modification des clauses qu'elle avait combinées pour protéger sa fille ? La paix du ménage ne risque-t-elle pas d'être troublée. Ces discussions auxquelles pourraient donner lieu les propositions de modifications du régime primitif ? Du reste, si l'on admet la possibilité de modifier le régime au cours du mariage, il sera nécessaire à chaque changement de procéder à la liquidation des droits respectifs des époux. M. Guérin, qui est un adversaire résolu de l'article 1395, s'en est bien rendu compte et il impose : « que la loi impose sous peine de nullité, avant l'adoption d'un nouveau régime, la liquidation de celui que les époux veulent abandonner et que les chiffres de cette liquidation soient arrêtés au jour de la rédaction des nouvelles conventions matrimoniales ». Mais qui ne voit combien ces liquidations successives seraient compliquées ? Si les époux sont libres à tout moment de modifier leurs conventions matrimoniales, il en résultera forcément un enchevêtrement de liquidations et de comptes. Les chiffres auraient beau être arrêtés avant que le nouveau régime soit établi, qu'arrivera-t-il si une nouvelle modification se produit avant que le règlement des comptes soit opéré ? Il faudra une nouvelle liquidation, se greffant sur le règlement d'une liquidation non encore terminée. Pour peu que l'on ait affaire à des époux ayant un caractère procédurier où changeant, il sera dans bien des cas impossible de préciser à une époque quelconque la situation pécuniaire de chacun d'eux. M. Guérin concède que cette procé-

dure entraînera des frais et des lenteurs. Il y trouve cet avantage que ces considérations d'ordre pécuniaire forceront les époux à ne toucher qu'avec circonspection à leur régime matrimonial. Ce qui revient à dire que, seuls, les époux fortunés auront la faculté de modifier les conventions qui leur semblent désavantageuses.

D'autre part, les actes juridiques ne sont pas toujours des actes simples épuisant leurs effets du moment même qu'ils sont passés; ces effets durent ordinairement pendant un temps plus ou moins long. Que deviendront ces actes sous les régimes successifs adoptés par les époux? Sans doute, ils resteront valables du moment qu'ils ont été valablement passés à leur origine et l'on ne tiendra pas compte à leur égard des conséquences du nouveau régime adopté; mais, pour apprécier cette validité, il faudra sans cesse se reporter à un régime antérieur, rechercher quels étaient sous ce régime les pouvoirs du mari et la capacité de la femme. Entre époux ce sera chose possible; mais, pour les tiers, en sera-t-il de même?

C'est en effet l'intérêt des tiers qui est exactement menacé si l'on renonce à l'immutabilité. Sans doute, pour les protéger, propose-t-on d'établir un régime de publicité des conventions modificatrices. M. Guérin (p. 226) propose qu'elles soient soumises à une publicité analogue à celle établie par la loi de 1850 pour le contrat de mariage. Le notaire rédacteur de ces conventions avertirait l'officier de l'état civil de la commune où le mariage a eu lieu et elles seraient transcrites en marge de l'acte de mariage. En cas de fraude des époux, la convention non publiée serait

non opposable aux tiers, et les époux seraient réputés mariés sous le régime dont ils se seraient réclamés. On pourrait également adopter un régime de publicité analogue à celui du Code civil suisse (art. 219, 209, 208).

Ces dispositions semblent bien protectrices des droits des tiers puisque les conventions matrimoniales ne leur sont opposables que si elles ont été inscrites au registre matrimonial. Même si ce système présente toutes garanties serait-il facile de l'établir en France? Où aurait lieu la publicité? Pourquoi préférer le lieu de la célébration du mariage à celui du lieu de passation du contrat ou du domicile des époux? Chacune de ces solutions a des avantages et des inconvénients! Devant la difficulté que soulève l'organisation du casier civil dans l'état actuel des choses, on peut se demander si c'est bien le moment de compliquer encore cette question par l'abrogation de l'article 1395! Du reste, au point de vue pratique, ce système de publicité donnerait-il toute satisfaction et n'entraverait-il pas bien des opérations par les longueurs qu'exigerait la vérification des dires des époux. Aujourd'hui ceux qui ont besoin de traiter avec un tiers n'ont qu'à lui présenter une expédition de leur contrat de mariage. C'est un acte qu'il est facile de se procurer et que l'on a toujours chez soi. Si l'article 1395 est abrogé il faudra présenter au tiers un extrait du registre matrimonial ou une copie récente de l'acte de mariage (suivant le mode de publicité établi). Le temps de se procurer cet extrait, ou le temps que le tiers vérifie l'exactitude des dires des époux, l'occasion d'une bonne affaire

est passée. Cela est d'évidence pour une aliénation de valeur mobilière !

Nous ne parlerons que pour mémoire des frais que la réforme exigerait. Ces nouvelles conventions matrimoniales exigeront évidemment l'intervention d'un notaire, des formalités de timbre, d'enregistrement. Certains mêmes, pour limiter le caprice des époux, exigeraient volontiers l'intervention de la justice.

Il nous paraît donc que la réponse demandée par certains auteurs serait difficile à réaliser. En outre, l'abrogation de l'article 1395 rendrait trop facile, et, c'est là le principal argument, les fraudes aux articles 1096 et 1099.

L'on ne peut sérieusement songer à renoncer à l'immutabilité si l'on ne renonce en même temps à la révocabilité et à la limitation des donations entre époux.

Enfin la réforme est-elle vraiment utile ? Nous ne nions pas que dans certains cas des époux aient eu à se repentir du régime matrimonial qu'ils avaient adopté. Mais, au lieu de s'attacher à des cas d'exception, il faut pour juger de la valeur de la règle voir comment elle fonctionne d'une manière générale. Or, même actuellement, n'y a-t-il pas de correctifs possibles et faciles à ces inconvénients ? Des femmes se sont plaintes des trop grands pouvoirs conférés au mari par leur contrat de mariage sur leurs biens. Si ces pouvoirs sont exercés dans l'intérêt commun des époux, le grief n'est pas fondé et s'il en est autrement la loi ne leur donne-t-elle pas le remède de la séparation de biens judiciaire ? Du reste, est-ce de l'immutabilité du contrat de mariage que résulte cet

inconvenient ; ne résulte-t-il pas plutôt de l'incapacité édictée par le Code contre la femme mariée et cette incapacité n'a-t-elle pas été considérablement atténuée par la loi du 13 juillet 1907 ?

Quant aux époux qui auraient à regretter d'avoir adopté le régime de séparation de biens contractuel, ne peuvent-ils pas y remédier dans une certaine mesure ? Rien n'empêche en effet la femme de renoncer à son pouvoir d'administration au profit de son mari, et pleinement capable avec l'autorisation de celui-ci de prêter son crédit aux opérations entreprises par son mari ?

Il n'en est pas ainsi, au contraire, en cas de régime dotal. Ici, pour avoir voulu trop protéger la fortune de la femme, on risque souvent de paralyser le crédit du mari et son initiative. Mais ce n'est pas tant de l'immutabilité elle-même que vient le mal, il vient surtout de l'inaliénabilité dotale. Pour remédier aux inconvénients qu'elle entraîne il suffirait que la jurisprudence puisse interpréter plus largement les articles 1558 et 1559 ; il suffirait de permettre aux tribunaux, comme le fait le Code civil italien, d'autoriser la vente des immeubles dotaux toutes fois qu'ils le jugent utile. Ainsi disparaîtrait une des grandes gênes que le régime dotal impose, sans utilité bien démontrée à ceux qui l'ont choisi.

Une bonne législation doit avant tout être simple. Elle doit poser des principes d'une application facile. C'est précisément une des grandes qualités du Code civil français. En édictant le principe de l'immutabilité, il a assuré la simplicité des relations juridiques et rendu faciles les justifications à fournir aux tiers. Ce sont là des avantages certains auxquels il

serait peut-être imprudent de renoncer pour d'autres qui ne sont pas démontrés. En fait, il ne semble pas que l'article 1395 soit une grande gêne pour les époux, et se demander si l'innovation que l'on veut réaliser n'est pas plutôt le résultat de discussions juristes qu'une solution commandée par nécessités pratiques. Le Code civil allemand n'a-t-il pas exercé ici une influence ?

Or, il ne faut pas oublier que la tradition de certains pays d'empire ignorent la règle de l'immutabilité (1) et que les rédacteurs du Code civil allemand ont dû devoir permettre les donations entre époux et les contrats sans aucune réserve. Il ne faut pas oublier non plus qu'ils ont rejeté le régime dotal pour ne conserver à côté du régime légal de communauté d'administration, que le régime de séparation de biens est encore à titre subsidiaire.

Les rédacteurs du Code civil allemand se trouvaient donc dans une tout autre situation que ceux du Code civil français obligé de tenir compte des deux principes qui se tiennent en matière de donations entre époux et de mutabilité du contrat de mariage et qui sont entrés dans les mœurs. Avant de modifier le second il importerait de savoir si, vu l'état de celui-ci, l'innovation ne resterait pas lettre morte. L'exemple de la loi de 1907 pourrait fournir un avertissement utile ; quelle application pratique cette loi si longtemps réclamée reçoit-elle ? Elle semble ignorée à la fois du public et des hommes d'affaires ; elle n'est pas entrée dans les mœurs ; la réforme de l'article 1395 ne risquerait-elle pas d'avoir le même sort ?

1. Sauf le droit Badois.

CHAPITRE II

CONVENTIONS AUXQUELLES S'APPLIQUE L'ARTICLE 1395

Notre texte décidant que les conventions matrimoniales ne peuvent, au cours du mariage, recevoir aucun changement, il importe avant tout de déterminer ce qu'il faut entendre par conventions matrimoniales.

Il faut tout de suite faire observer que cette expression n'implique pas qu'il a été rédigé un contrat de mariage, et que l'immutabilité ne s'applique pas seulement au régime matrimonial conventionnel qui en résulte. Les modifications interdites par l'article 1395 le sont également quand le régime sous lequel sont mariés les époux est celui de la communauté légale.

L'expression « conventions matrimoniales » a donc un sens large en ce sens que l'article 1395 vise aussi bien les dispositions légales régissant les rapports pécuniaires des époux, que celles résultant d'un contrat passé antérieurement au mariage.

Mais lorsqu'un contrat a été passé que faut-il entendre par conventions matrimoniales ? Un contrat de mariage peut, en effet, contenir des dispositions, des clauses de nature très différente. Il en est qui se

rencontrent normalement dans un contrat adoptant un régime déterminé, il en est qui ont directement pour but de régler les relations pécuniaires des époux, de préciser la qualité et le sort des biens présents ou futurs leur appartenant, les pouvoirs respectifs des époux. Ces clauses émanent des époux eux-mêmes. Mais il en est d'autres qui supposent l'intervention de tiers. Le mariage, en effet, est souvent accompagné de libéralités consignées dans le contrat de mariage. A côté de ces clauses qui se rencontrent normalement dans un contrat de mariage et qui ont un rapport étroit avec le régime adopté par lui, il en est d'autres qui ont un caractère accidentel. Un contrat de mariage peut constater une vente, constater un prêt fait par un tiers au mari et remboursable après le mariage.

La question se pose dès lors si toute clause contenue dans un contrat de mariage constitue une convention matrimoniale et doit par là même être soumise au principe de l'immutabilité.

Il est évident qu'il ne peut en être ainsi, et qu'une distinction s'impose entre les clauses essentiellement constitutives du régime matrimonial adopté et celles qui se rattachent plus ou moins directement à celui-ci. Mais même parmi ces clauses qui ne se trouvent qu'accidentellement dans le contrat, il est souvent difficile de dire si les parties n'ont pas eu l'intention d'établir un lien entre elles et le contrat. Dès lors, puisque l'intention des parties doit jouer un rôle dans la détermination du caractère de convention matrimoniale à reconnaître à une clause, une large liberté d'appréciation sera laissée aux tribunaux. Leurs décisions seront susceptibles de varier

selon les espèces. Toute convention qui, à première vue et d'ordinaire n'est pas une convention matrimoniale est susceptible de le devenir à raison des circonstances de la cause.

De là la difficulté pour ne pas dire l'impossibilité de déterminer ce qu'il faut entendre par conventions matrimoniales et quels en sont les caractères. Cependant le point est important, puisque c'est de sa solution que dépend l'étendue d'application de notre article.

On ne peut guère procéder que par voie d'énumération.

Il est d'abord un premier point certain. Quand un contrat de mariage contient une convention ordinaire par exemple une vente, une société, un prêt entre les futurs conjoints et tel de leurs parents, ces conventions sont des conventions de droit commun, sans rapport avec le régime matrimonial, et en principe la convention peut défaire ce qu'elle a fait. Ces clauses échapperont donc au domaine de l'article 1395 toutefois sous la réserve précédemment indiquée, il faudra rechercher l'intention des époux pour voir s'ils n'ont pas entendu établir un lien entre leur contrat de mariage et cette autre convention. Or, la distinction est souvent difficile à établir entre les conventions ordinaires et les conventions matrimoniales.

Ainsi quand une jeune fille mineure se marie, le contrat de mariage peut contenir reddition du compte de tutelle : faut-il traiter cette reddition de compte comme un contrat ordinaire ou comme une convention matrimoniale ?

Que faudra-t-il décider si la jeune fille s'est constituée une dot, le reliquat de son compte de tutelle ?

A supposer que ce compte ayant été plus tard révisé, ce reliquat apparaît différent de celui constitué en dot, que faudra-t-il décider ?

Il ne semble pas que la question se soit encore posée en fait, mais elle est susceptible de se poser un jour. Mais, dans d'autres espèces, les tribunaux ont eu à faire la distinction entre la convention matrimoniale et la convention ordinaire et à apprécier si celle-ci ne peut pas, à raison de l'intention des époux se transformer en clause de contrat de mariage proprement dite. Elle a d'abord affirmé l'idée que l'insertion d'une convention dans un contrat de mariage ne peut pas la soustraire à la loi, qui lui est inhérente, d'être dissoute à volonté si elle a une existence distincte des constitutions de dot (Troplong, I, 220. — Le Courtois et Surville, I, p. 120).

C'est ainsi que si les époux se sont engagés par contrat de mariage à habiter en compagnie de leur père et beau-père et à leur porter leurs travaux de revenus et industrie, à échange par eux de les nourrir, entretenir eux et leurs enfants à naître ; cette clause peut être révoquée par un commun accord des parties, et les époux ne sont pas tenus de rapporter les biens acquis par eux depuis cette révocation (Dall. J. G. V^o *Contrat de mariage*, n^o 364 (1)). En effet, une telle clause constitue un contrat de société ; or, il est de l'essence de celui-ci de pouvoir être dissous par l'accord des parties. Celles-ci n'avaient voulu dans l'espèce établir aucun lien entre leur régime matrimonial et ce contrat accessoire. Au contraire l'article 1395 aurait été appliqué si leur intention avait été différente, si l'on avait pu induire

1. Bordeaux, 26 juillet 1838. S. 39.2.51.

des faits que dans l'intention des parties la convention accidentelle faisait corps avec le contrat de mariage. Par exemple par contrat de mariage la future donne ses immeubles à bail à ses père et mère, plus tard elle leur fait remise du prix du bail. La Cour de Nîmes a annulé cette remise comme constituant une modification aux conventions matrimoniales. A première vue, aucun lien ne paraît exister entre celles-ci et le contrat de bail ; il est possible cependant qu'en fait il soit dans un rapport étroit avec les conventions matrimoniales de sorte que sa modification modifiât le régime des époux. Il pourrait se faire par exemple, que le mari ayant la jouissance des biens de sa femme ait droit aux fermages à titre de fruits (1). La remise des loyers constituait en pareil cas une atteinte au contrat de mariage, et cela à raison du rapport établi par les époux entre le bail et les pouvoirs du mari.

On voit par ces exemples qu'il ne faut pas être trop absolu quand on dit que les conventions passées avec des tiers et qui n'ont pas pour but de régler les rapports pécuniaires des époux ne sont pas soumises à l'article 1395. La solution dépend de l'intention des époux.

Mais il est un autre point fort délicat : les libéralités sont fréquentes dans le contrat de mariage. Ces libéralités sont des conventions matrimoniales proprement dites, donc immuables ? Tout le monde s'accorde pour répondre affirmativement et cette solution est incontestable. Cependant il importe de

1. Laurent, *Droit aux fermages*, t. XVI, n° 71, p. 93. — Nîmes, 7 février 1852, D, 1855.5. 112. — Dalloz, *J. G. Sup. V° Contrat de mariage*, n° 81.

faire à cet égard une réserve capitale que M. Bartin a judiciairement mise en lumière (1). M. Bartin (*loc. cit.*, n° 10) ne nie pas que la donation faite par un contrat de mariage ne constitue une convention matrimoniale en même temps qu'une libéralité. Toutefois il établit entre elles un certain nombre de différences qui se rattachent à l'idée fondamentale, que « la liberté matrimoniale (c'est-à-dire la donation « faite au contrat de mariage) présente un caractère « d'institution familiale, que la convention matrimo- « niale, qui a pour objet la réglementation tempo- « raire des intérêts pécuniaires d'un ménage neces- « sairement viagé ne présente pas ».

Étant à la fois une convention matrimoniale et une libéralité, la donation par contrat de mariage se trouve en même temps soumise au principe de l'immutabilité qui régit la première, et à celui de l'irrévocabilité qui s'applique aux donations. Or, il est possible que les conséquences de l'immutabilité et celles de l'irrévocabilité soient différentes ou même contradictoires. M. Bartin remarque, en effet, que la donation par contrat de mariage peut être affectée de conditions diverses qui peuvent aller presque à faire disparaître son irrévocabilité, et que, d'autre part, elle peut comporter une option, qui peut tantôt lui supprimer absolument le bénéfice et en effacer toutes les conséquences (art. 1082), tantôt en modifier radicalement le titre et l'objet (art. 1084). Aucune de ces modalités ne peut se rencontrer dans une convention matrimoniale, elle ne peut être

1. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, VII, § 503 bis, p. 507, n° 10, p. 508, n° 11.

affectée d'une des conditions autorisées par l'article 1086 pour les libéralités ; elle ne peut réserver à l'un des conjoints, pendant le mariage, la possibilité d'une option de nature à modifier les effets du régime ou les garanties qui y sont attachées. M. Bartin conclut donc qu'entre la libéralité matrimoniale et la convention matrimoniale, il existe au moins sur le terrain de l'irrévocabilité cette double différence : que la première comporte (art. 1086), et que la seconde ne comporte pas l'adjonction de certaines conditions ; que la première peut avoir (art. 1082 et 1084) et que la seconde ne peut avoir pour objet une faculté d'option au profit de l'un des conjoints. « Il suit de là qu'à supposer qu'il se présente des « hypothèses dans lesquelles les conséquences de « l'irrévocabilités'opposeraient à celles qu'entraînerait « l'immutabilité, ce sont les premières qui devraient, « à mon avis, prévaloir. »

Les libéralités faites par contrat de mariage ne sont donc pas complètement des conventions matrimoniales, puisqu'elles sont soustraites à l'immutabilité qui caractérise celle-ci, dans la mesure où le commandent les conséquences de l'irrévocabilité des donations.

De même que toutes clauses contenues dans le contrat de mariage ne sont pas par cela même des conventions matrimoniales proprement dites, il se peut que des conventions passées en dehors du contrat aient ce caractère. Un contrat, par exemple, stipule le régime de séparation de biens et que la femme aura la jouissance et la libre administration de ses immeubles. Dans l'énumération de ceux-ci, il mentionne un bien déterminé. Le même jour, mais

avant la signature du contrat, la femme vend par acte sous seing privé l'usufruit de ce bien à son futur. Les tribunaux ont admis que cet acte sous seing privé devait être considéré comme une dépendance directe du contrat de mariage et comme une véritable convention matrimoniale. La Cour de cassation décide que le juge du fait avait, à bon droit, annulé un tel acte, attendu qu'il affectait les dispositions du contrat de mariage comme ayant tous les caractères d'une convention modificatrice des conventions matrimoniales, non constatées par un acte notarié (1).

En résumé, toute clause contenue dans un contrat de mariage n'a pas, forcément, le caractère de conventions matrimoniales au sens de l'article 1395. Doivent uniquement être considérées comme telles les conventions passées par les futurs époux, pour régler leurs rapports pécuniaires pendant le mariage et à la dissolution de celui-ci. Au contraire, les conventions faites par les conjoints entre eux ou avec des tiers, ne sont pas des conventions matrimoniales, à moins que dans l'intention des époux, elles ne se rattachent directement ou indirectement aux rapports pécuniaires naissant de leur qualité d'époux.

L'article 1395 s'appliquera donc à la clause adoptant ou modifiant un régime organisé par le Code, enfin aux clauses relatives de la constitution de dot, aux avantages que se consentiraient réciproquement les futurs conjoints. Rentrent également dans les conventions matrimoniales les stipulations légales ou conventionnelles qui ont trait à la contribution

1. Cass. Req., 28 octobre 1889. D. 90. I. 115.

des époux aux charges du ménage, aux pouvoirs du mari sur les biens de la femme et à la capacité personnelle de celle-ci, au caractère propre ou commun des biens des époux, aux droits de la veuve et à ceux du mari survivant.

CHAPITRE III

DOMAINE D'APPLICATION DE L'ARTICLE 1395

PREMIÈRE SECTION

Modifications interdites

Il importe maintenant de rechercher quels sont les actes qui sont de nature à modifier, au cours du mariage, les conventions matrimoniales, et qui seront nulles comme telles.

D'une façon générale, on peut dire qu'on peut considérer comme telles, d'abord toute convention destinée à modifier le régime ou les conséquences de celui-ci au cours du mariage, par exemple : la substitution d'un régime nouveau, régime primitif ; puis, les renonciations pendant le mariage aux gains de survie stipulés au profit d'un des conjoints, il en sera de même pour les clauses impliquant renonciation au bénéfice de la constitution de dot, ou à certains avantages résultant, par exemple de la concession d'un terme au constituant.

§ 1. — CHANGEMENT DU RÉGIME MATRIMONIAL

Le premier acte interdit aux époux est celui qui

consisterait à changer ouvertement le régime par eux adopté, à remplacer, par exemple, la communauté légale ou conventionnelle par le régime dotal. Ils ne pourraient non plus, ayant choisi un régime exceptionnel, comme la séparation de biens, revenir au régime de droit commun : la communauté légale (1).

Ainsi que le disait Baquet (2) : « Le mari ne peut « rappeler à la communauté sa femme contre la convention portée par son contrat de mariage, ou « contre la convention tacite, instruite par la coutume, ou par l'usage du pays auquel l'homme et la « femme étaient demeurant lors de leur mariage. »

De même, si les époux se sont mariés sous le régime de séparation de biens, ils ne peuvent adjoindre à celle-ci au cours du mariage et contrairement aux clauses de leur contrat, une communauté d'acquêts. Cette nouvelle convention aurait, en effet, pour conséquence de substituer au régime primitif un autre régime, et en outre modifierait la situation respective des époux, en faisant passer l'administration des biens de la femme au mari, qui deviendrait nécessairement chef de cette communauté d'acquêts (3).

Le Code civil lui-même a fait plusieurs applications de ce principe de l'immutabilité, d'abord dans l'article 1443, qui déclare nulle toute séparation de biens volontaire que les époux aient ou non fait

1. Troplong, t. L, n° 206. — Aubry et Rau, t. VII, § 503 *bis*, p. 506. — Laurent, n° 77. — Guillouard, t. I, n° 228.

2. « Des Droits de justice », chap. X, n° 73.

3. Aubry et Rau, VII, § 503 *bis*, p. 510 et note 14.

antérieurement un contrat de mariage. Dans l'ancien droit la même solution était déjà admise et les auteurs la justifiaient par la crainte de voir les époux recourir à ce procédé pour se faire des libéralités indirectes. Bien que les donations entre époux soient aujourd'hui permises, la possibilité d'une séparation volontaire pourrait être le moyen de tourner l'article 1097, qui défend aux époux de se faire des donations irrévocables.

C'est surtout en ce qui concerne le rétablissement d'un régime antérieurement dissous, que le Code civil a maintenu strictement le caractère immuable du régime primitivement adopté.

Les articles 1451 et 295, alinéa 2, supposent que le régime primitif établi par les époux a pris fin par la séparation ou par le divorce. Le premier décide que les époux pourront établir la communauté dissoute par la séparation, mais les époux seront dans l'impossibilité de substituer à cette communauté un autre régime, le régime dotal, par exemple, ou même de modifier certaines clauses du régime primitif. De même les époux divorcés qui reprennent la vie commune, doivent rétablir leur régime matrimonial original, sans aucune modification.

L'article 295, deuxième alinéa 3, se rattache directement au principe de l'article 1395. Il a en effet pour but de prolonger « furtivement » l'immutabilité du régime matrimonial dans l'intervalle entre le divorce et la nouvelle union. Rien ne marque l'importance que les rédacteurs du Code civil ont attaché à ce principe et la « rigueur » avec laquelle ils ont voulu s'y tenir. L'immutabilité arrive à produire des conséquences particulièrement intéressantes au point

de vue juridique quand elle se combine avec la théorie de la nullité des contrats de mariage. C'est un point discuté de savoir si le contrat de mariage nul ne peut être ratifié. Il y a de sérieuses raisons d'en douter même quand cette nullité dérive d'un vice de consentement, ou de l'incapacité de l'un des époux (1). Mais même à supposer, comme certains le pensent, que la confirmation soit possible, il est des cas où cette confirmation doit, en général, se trouver écartée, par suite du principe de l'immutabilité. Si nous supposons par exemple que le contrat de mariage des époux dont l'union a été dissoute par le divorce, était atteint de nullité, ces époux pourront-ils, en cas de reprise de la vie commune, adopter pour base de leur association conjugale nouvelle, le contrat de mariage primitivement nul. Cela semble bien difficile à admettre en face de l'article 295-2°. En effet, au cours du mariage les époux n'auraient pu valablement confirmer leur contrat, car cette confirmation aurait constitué une modification à leur régime, en substituant celui établi par le contrat au régime légal qui s'appliquait à eux à raison de la nullité de ce contrat. Or l'article 295 a précisément pour objet de prolonger au-delà de la première union, pour le cas où les anciens époux se réuniraient, l'immutabilité du régime qui l'accompagnait. La confirmation paraît donc impossible au moins dans cette mesure « *medio tempore* » (2). Par conséquent les époux divorcés, dont le contrat de

1. Aubry et Rau, VII, § 502, texte 3 *in fine* et § 502, note 35 *in fine*.

2. Aubry et Rau, VII, § 482, p. 336, n° 14. — E. Martin.

mariage était nul, continueront, s'ils se réunissent, d'être régis par les règles de la communauté légale. Mais là ne s'arrêtent pas les conséquences de l'article 295-2° dans la mesure où il se rattache au principe de l'immutabilité. Si les époux ont passé leur contrat de mariage après la célébration du mariage, il est évident que le contrat est nul, et que cette nullité ne peut disparaître par aucune confirmation expresse ou tacite au cours de l'union. A la dissolution du mariage par décès, l'époux survivant et les héritiers de l'autre époux peuvent néanmoins prendre comme base du règlement de leurs droits ce contrat qui se trouve ainsi confirmé (Aubry et Rau, VII, § 503 *bis*, p. 504, texte et note 3^{ter}). Il y a une « transaction » parfaitement régulière. Mais pareille « transaction » vaudrait-elle en cas de dissolution par divorce si les époux veulent reprendre la vie commune ? L'article 295 deuxième alinéa ne s'oppose-t-il pas à la validité du règlement transactionnel intervenu après le divorce sur la base de ce contrat entaché de nullité ? Cette transaction apparaîtrait en effet comme contraire à l'article 1395, que l'article 295 deuxième alinéa maintient furtivement en vue du cas sur lequel nous raisonnons (Aubry et Rau, VII, § 503 *bis*, p. 505, note 3 *ter*. — E. Martin).

Nous venons de raisonner dans l'hypothèse où le contrat de mariage était nul comme ayant été rédigé après la célébration du mariage. Mais la pratique a eu à se demander si cette nullité ne pourrait pas disparaître en démontrant que cette rédaction postérieure au contrat de mariage n'était qu'une apparence, qu'elle était le résultat d'une erreur commise par le notaire qui avait rédigé l'acte. Les époux ont

en effet prétendu intenter dans cette hypothèse la procédure d'inscription de faux pour établir que leur contrat de mariage avait été réellement passé avant la célébration du mariage, qu'en conséquence ils n'étaient pas mariés non sous le régime de la communauté légale, mais soumis au régime établi par leur contrat. La question est discutée, et les solutions de la jurisprudence sont contradictoires. Cependant, d'après les plus récentes, elle semble devoir se décider dans le sens de la négative.

Un arrêt de la Cour de Paris (3 mars 1909.S. 1910.2 77) a décidé que le principe de l'immutabilité s'oppose à ce que les époux établissent au moyen de l'inscription de faux, que le contrat de mariage portant une date postérieure au mariage a été en réalité reçu à une date antérieure à la célébration du mariage ; une telle action aurait en effet pour résultat de modifier les conventions matrimoniales, en substituant furtivement le régime que les époux avaient adopté dans leur contrat (en espèce, la communauté d'acquêts) au régime de la communauté légale, auquel ils se sont trouvés soumis par suite de l'absence de contrat à la date du mariage. Ce que les époux ne peuvent pas faire ainsi au cours du mariage, ils ne peuvent pas davantage s'en réserver la faculté par une clause expresse du contrat de mariage. Cette clause serait à considérer comme non avenue, et contraire à l'article 1388, qui défend dans un contrat de mariage de déroger aux dispositions prohibitives. Or, notre article 1395 a bien ce caractère (1). Du reste si l'on avait admis la

1. Pothier, Introduction au *Traité de la communauté*, n° 19. — Aubry et Rau, VII, § 503 bis, p. 506 et note 7.

validité de cette clause, on n'aurait pas tardé à devenir de style, l'immutabilité n'aurait plus été qu'un vain mot.

Mais on peut se demander s'ils ne pouvaient pas faire indirectement ce qui leur est interdit de faire directement et ouvertement. Ne pourraient-ils pas insérer dans leur contrat de mariage une clause stipulant un terme ou une condition à leur arrivée auquel un nouveau régime prendrait la place du régime primitif.

I. — *Stipulation d'un terme*

Nous avons sur ce point un cas particulier qui vise le régime de communauté. C'est l'article 1399 aux termes duquel la communauté soit légale, soit conventionnelle, commence du jour du mariage... on ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque. Ce texte exclut donc pour le régime de la communauté la stipulation d'un terme suspensif. Mais il ne vise pas la question en ce qui concerne l'apposition d'un terme extinctif au régime de la communauté ; il est également muet en ce qui concerne les autres régimes.

On a donc soutenu que réserve faite de la solution particulière de l'article 1399 qui s'explique par des raisons propres, le principe de la liberté des conventions matrimoniales devait reprendre son empire, et que rien ne s'opposait à l'apposition d'un terme extinctif au régime de communauté, et d'un terme quelconque à un tout autre régime. A cet argument tiré de la liberté des conventions matri-

moniales on ajoute (1) que le principe de l'immuabilité ne prohibe que les changements qui pourraient intervenir durant le mariage par la volonté des époux. Dans le même sens on fait valoir que Pothier (2) déclarait que les parties ont le droit d'apposer un terme ou une condition à l'adoption du régime de communauté. On ajoute que l'opposition d'un terme ne présenterait guère d'inconvénients. En effet les époux, ni les tiers n'en souffriraient, puisque à toute époque la situation actuelle et les droits du mari et de la femme pourraient être connus d'une façon certaine et sont nettement déterminés (3). Ces raisons ne sont pas convaincantes.

Le législateur de 1804 a pris soin de préciser que la communauté devait commencer en même temps que le mariage, pour tarir la source des difficultés nombreuses auxquelles donnait naissance, dans l'ancien droit, la possibilité de stipuler une communauté à terme. Des fraudes et des surprises étaient en pareil cas à redouter pour les tiers, et c'est pour cette raison que la loi refuse aujourd'hui aux époux cette faculté. Mais si cette explication qui est admise par tous les auteurs, même adversaires de l'immuabilité, est bonne pour exclure la communauté à terme, pourquoi ne vaudrait-elle pas également pour les autres régimes. Les fraudes et les surprises ne sont-elles pas tout aussi à craindre si on stipule un autre régime. Cependant Rodière et Pont (4) ont admis la validité d'une stipulation par laquelle

1. Capitant et Colin, III, p. 3402.

2. Pothier, Introduction..., n^{os} 126-827.

3. Hugot, p. 55.

4. *Traité du contrat de mariage*, t. I, n^o 92, p. 77.

les époux conviennent d'adopter le régime dotal jusqu'à ce que la femme ait atteint un certain âge et de se soumettre ensuite à un régime exclusif de communauté ou au régime de séparation de biens. Mais cette opinion doit être rejetée, comme plus largement toute opinion qui admettrait l'apposition d'un terme à un contrat de mariage, car ses combinaisons seraient contraires à l'esprit de la loi (1).

En effet il est certain que le Code est très attaché au principe de l'immutabilité, et qu'il n'en permet le changement que pour des motifs graves. D'autre part, il prévoit limitativement les événements qui mettent fin au régime matrimonial : mort, divorce, séparation de biens ou de corps, et jamais il ne parle d'un terme conventionnel.

Quant à l'argument tiré de la liberté des conventions matrimoniales de l'article 1387, il semble oublier la restriction qu'il reçoit dans l'article 1388, qui défend de déroger aux dispositions prohibitives du présent Code qui contient bien vraisemblablement la prohibition virtuelle des régimes temporaires.

Le Code qui a voulu que l'unité, la simplicité dominant toutes les relations pécuniaires des époux, ne peut avoir eu l'intention de permettre de faire des contrats de mariage à terme. Il est évident en effet que si on permettait aux époux d'adopter un régime déterminé pendant un certain temps, puis à l'expiration de ce délai un autre régime, il n'y aurait pas de raison de leur interdire de modifier succes-

1. Planiol, III, n° 827, p. 30.

sivement leurs conventions matrimoniales pendant la durée du mariage, pourvu qu'ils aient eu la précaution de les énumérer toutes dans leur contrat. A quels résultats impossibles dit très bien M. Jacquet (1) n'arriverait-on pas avec une semblable conception. Quelle sûreté pour les tiers qui voudraient traiter avec les conjoints et quel homme assez peu soucieux de ses intérêts voudrait faire des transactions avec des époux ainsi mariés.

Ainsi les époux ne peuvent, par l'apposition d'un terme, abréger la durée du régime qu'ils ont stipulé au moment du mariage. Ils ne peuvent pas davantage prolonger au delà de la dissolution de celui-ci les effets du régime adopté. Un ancien arrêt a annulé la clause par laquelle les époux avaient convenu que la séparation de corps n'entraînerait pas la séparation de biens, et que la communauté continuait au profit de l'époux de qui la séparation aurait été prononcée. Cette clause était contraire au caractère d'ordre public des règles régissant la séparation (2).

II. — *Stipulation d'une condition*

La solution est ici moins nette qu'en ce qui concerne le terme et la construction juridique des effets de la condition expliquée par la rétroactivité, fournit un argument d'une certaine valeur en faveur de la possibilité d'opposer cette modalité à un contrat de mariage.

1. *Effets et sanctions de l'immutabilité*, p. 40.

2. Bruxelles, 28 mars 1810. S. III, 2,240. — Guillouard, n° 93, p. 117.

Mais, en parlant de condition apposée à un contrat de mariage, nous laissons bien entendu de côté les conditions protestatives. Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord pour déclarer que l'adoption d'un régime matrimonial ne peut être affecté d'une condition de ce genre (1). Mais la question reste ouverte pour les conditions casuelles.

On conçoit très bien l'intérêt que les époux peuvent avoir à effectuer d'une condition le régime qu'ils établissent et à prévoir qu'à l'arrivée d'un événement déterminé, d'autres règles régiront leurs intérêts pécuniaires. Ainsi les futurs époux ayant déjà un certain âge, qui peut leur faire craindre de ne pas avoir d'enfants, conviennent qu'ils adoptent le régime de la séparation de biens, mais que celle-ci sera remplacée par la communauté si un enfant vient à naître (2). Les anciens auteurs ne faisaient aucun doute sur la validité de pareilles stipulations et leur opinion a été suivie par plusieurs interprètes du Code notamment par Aubry et Rau [VII § 504, p. 530] et les auteurs cités par eux en note 9. Dans le même sens Guillouard [I, n° 96.98]. — Bellot des Minières est le premier auteur qui ait enseigné l'opinion contraire en déniant aux époux la faculté de subordonner à une condition l'établissement d'un régime quelconque. Son opinion a depuis été suivie par nombre de jurisconsultes : Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville [I, n° 47 *bis*, 91] ; Planiol [III, n° 828, p. 3].

1. Rodière et Pont, I, n° 92, p. 77. — Aubry et Rau, VII, 530, texte et note 9.

2. Aubry et Rau, VII, § n° 504, p. 530, note 9.

Au point de vue purement juridique il semble bien que l'insertion d'une condition devrait être licite, car si la condition se réalise, elle effacera le premier régime et le remplacera rétroactivement par la communauté (ou par un autre régime stipulé conditionnellement, et il n'y aura jamais eu qu'un seul régime matrimonial... (1) A la différence de ce qui se passe en cas de terme et il n'y aurait pas ici succession de régime, il y aurait un régime unique qui devrait « furtivement » remonter jusqu'au jour du mariage et d'après lequel devraient se régler à partir de ce moment les relations pécuniaires des époux. Seuls les actes d'administration accomplis entre le mariage et l'arrivée de la condition seraient maintenus d'après les règles du contrat primitif. Ce raisonnement parfaitement fondé au point de vue de la logique juridique a été admis par les tribunaux. Trois arrêts de la Cour de Colmar se sont notamment prononcé en ce sens, le dernier en date est du 8 mars 1864. D. 64. 2. 85. Dans l'espèce, il s'agissait d'une condition qui, à certains égards, était une condition potestative. Puisque sa réalisation dépendait du parti que l'un ou l'autre époux prendrait relativement à la succession de ses parents décédés. Ils avaient en effet stipulé qu'ils seraient mariés sous le régime de la communauté d'acquêts, jusqu'au jour où ils seraient complètement investis de la succession de leurs père et mère réciproques, et qu'à partir de cette époque ils se soumettaient au régime de la communauté universelle avec rétroactivité au jour du mariage. Chaque époux, étant libre d'accepter ou de répudier la succession de ses

1. Colin et Capitant, III, p. 35.

père et mère, se trouvait donc maître de déterminer le régime matrimonial.

Cette particularité aurait certainement pu suffire à écarter la validité de cette clause. Mais la Cour ne s'est pas arrêtée à cette considération et s'est surtout attachée au caractère rétroactif de la modalité stipulée. Elle l'a donc déclarée licite.

Néanmoins nous ne croyons pas, malgré la valeur du raisonnement tiré de la rétroactivité de la condition et malgré l'autorité d'auteurs qui soutiennent cette opinion, qu'on doive admettre l'insertion d'une condition dans un contrat de mariage.

« L'autorité de la tradition », comme le fait remarquer M. Planiol, est « faible », car le principe de l'immutabilité n'avait pas dans l'ancien droit une rigueur « aussi grande que dans le Code. » Surtout la fiction de la rétroactivité n'empêchera pas qu'en fait, pendant un temps plus ou moins long, les époux n'aient été régis par un régime autre que celui qui doit définitivement s'appliquer. En fait, sinon en droit, il y aura bien succession de deux régimes. Sans doute, dans le règlement définitif des intérêts pécuniaires des époux à la dissolution du mariage, on ne tiendra compte que de celui établi par la réalisation ou la défaillance de la condition.

Mais vis-à-vis des tiers on ne voit pas combien sera incertaine et fragile la situation, les inconvénients d'une pareille solution, de quelle fragilité seront entachées toutes les opérations juridiques passées par les époux. Il sera même parfois impossible de savoir si la condition est vraiment réalisée. Des époux ont stipulé la séparation de biens, et, pour le cas où ils auraient un enfant, celui de la communauté. Si cet

enfant nait puis vient à mourir avant la dissolution du mariage, devra-t-on dire que la condition est réalisée. Oui, si l'on s'en tient aux termes du contrat ; non, évidemment, si l'on recherche l'intention des époux. Si donc la stipulation d'une condition n'est pas en contradiction formelle avec la lettre de l'article 1395, elle va à l'encontre de la volonté du législateur d'assurer la stabilité des conventions matrimoniales aussi bien dans l'intérêt des époux que dans celui des tiers. « L'importance et la rigueur que le « Code a données au principe de l'immutabilité des « conventions matrimoniales n'apparaissent guère « compatibles avec ces espèces de changement à vue « machinés à l'avance. Planiol, [III n° 828, p. 31, etc.]

* * *

En résumé, il est impossible aux époux de détruire par une convention expresse les règles conventionnelles ou légales qui régissent leurs relations pécuniaires telles qu'elles ont été établies lors de la célébration du mariage. C'est là une grave dérogation aux principes ordinaires de la liberté des conventions en général, et de la liberté des conventions matrimoniales, en particulier.

Cette restriction va même jusqu'à interdire aux époux de se réserver dans leur contrat par une clause expresse le droit de modifier leurs conventions matrimoniales, d'un commun accord. L'immutabilité des conventions matrimoniales est donc beaucoup plus stricte que l'irrévocabilité des donations avec laquelle elle offre, en effet, une certaine analogie. Celle-ci interdit seulement au donateur de

se réserver la faculté de reprendre directement ou indirectement les biens donnés. Elle interdit que le donateur se réserve le droit de résoudre unilatéralement le contrat, mais rien n'empêcherait les parties de défaire d'un commun accord ce qu'elles ont fait, et de faire tomber la donation. Ici, cette faculté ne leur appartient pas. Les parties sont définitivement et irrémédiablement liées.

Elles le sont d'autant plus que non seulement il leur est interdit de substituer un nouveau régime matrimonial à celui résultant du mariage, mais même d'en modifier les conséquences, tout en en conservant l'essence.

Dans le domaine ordinaire des contrats à supposer un acte passé entre deux personnes, elles peuvent à une époque ultérieure, si elles le désirent, en modifier les effets, tout en maintenant en principe l'acte primitif. Cette solution n'est du reste que la conséquence du droit qui appartient aux contractants de détruire par un commun accord les effets d'un contrat antérieur. Puisqu'ils auraient pu d'un commun accord anéantir complètement le contrat primitif, il leur est naturellement loisible d'en modifier les conséquences normales. Rien de pareil en ce qui concerne les conventions matrimoniales. On ne peut faire indirectement et partiellement ce que la loi défend de faire par une convention expresse directement et totalement (1).

1. Ainsi les époux mariés sous un régime dotal avec société d'acquêts ne peuvent liquider celui-ci avant la fin du mariage. Dalloz, *J. b.*, V^o *Contrat de mariage*, n^o 343. — Troplong I, 212. — A l'inverse, les époux mariés sous un régime dotal pur et simple ne peuvent au contrat du mariage y adjoindre une société d'acquêts : Ce serait modifier profondément le régime primitif. — (Aubry et Rau, VII, § 503 bis, texte et note 14).

Seulement, dans cet ordre d'idées, les solutions seront moins nettes et moins faciles à déterminer que dans le cas précédent. En effet, nous ne serons plus en face de stipulations nettement contraires à l'immutabilité, il importera de déterminer dans quelle mesure les conséquences d'un contrat peuvent être regardées comme modifiant les effets des conventions matrimoniales assez profondément pour qu'on y puisse voir une atteinte au principe de l'immutabilité.

§ 2. — MODIFICATION DES CONSÉQUENCES DU RÉGIME

En laissant de côté les cas très simples comme ceux que nous venons de citer et dans lesquels la modification aux conséquences du régime équivaut presque à la substitution d'un nouveau régime à l'ancien, il est souvent difficile de dire avec certitude si une convention constitue une modification au régime matrimonial.

Il faut, en effet, concilier le principe de l'immutabilité avec le droit des époux de faire relativement à leurs biens les actes juridiques permis à toute personne capable. En effet, l'immutabilité n'est pas synonyme d'immobilité. Le droit des dispositions des époux se meut librement dans les limites déterminées par le contrat de mariage ; mais les actes ainsi accomplis par chacun d'eux peuvent réagir sur la composition et la consistance des patrimoines. Jusqu'où cette activité peut-elle s'exercer sans porter atteinte au principe de l'immutabilité ? C'est une question qui ne peut être résolue qu'à l'aide de distinctions souvent délicates, car ce n'est souvent qu'in-

directement que les conséquences de ces actes parfaitement licites en eux viennent heurter le principe de l'immutabilité.

Par modifications aux conséquences du régime matrimonial, il faut entendre des modifications qui, sans porter atteinte à l'essence du régime lui-même, sans substituer un régime nouveau à celui précédemment adopté, changent soit la composition des patrimoines, telle résulte du contrat ou de la loi, soit les pouvoirs des époux sur leurs biens soit la contribution respective des époux aux charges du ménage, soit la liquidation des droits de chacun d'eux à la dissolution du mariage. Les conventions qui porteront atteinte à ces règles seront nulles, comme contraires à l'article 1395. Mais, tomberont également sous le coup de cet article des conventions qui, sans avoir directement pour but de modifier la composition des patrimoines, ou les pouvoirs des époux, arriveront indirectement à cette conséquence. Il en sera ainsi pour certains contrats passés entre les conjoints soit à titre onéreux, soit à titre gratuit.

A. — *Composition des patrimoines*

Sous quelque régime que soient mariés les époux, la composition de leurs patrimoines déterminée par la loi ou par le contrat de mariage est irrévocablement fixée et ne doit subir aucune modification pendant le mariage. Cela ne veut pas dire qu'aucune modification juridique ne pourra intervenir quant aux biens composant ces patrimoines, et que les biens seraient frappés d'une sorte d'immobilisation sinon, ainsi que le dit M. Laurent, on aboutirait à l'incapacité pour

les époux de contracter et de recevoir. Ils ne pourraient ni vendre, ni donner à bail, ni accepter une donation ou une succession, ni faire aucune espèce de convention relativement à leurs biens parce que toute nouvelle convention apporte nécessairement une innovation à l'état de chose qui existait lors du contrat de mariage. Les époux sont libres de passer avec les tiers les différents contrats qu'il leur plait, et même entre eux, sauf certaines restrictions particulières que des textes formels ou des impossibilités juridiques seraient de nature à motiver. Les contrats ainsi passés par les époux au cours du mariage sur la consistance des patrimoines entraînent des augmentations ou des diminutions dans la valeur de ceux-ci. Il y a donc, semble-t-il, une contradiction évidente entre le principe de l'immutabilité et celui de la liberté de conventions. Cependant il n'est pas impossible de les concilier en tenant compte des motifs qui ont inspiré la règle de l'immutabilité. Elle a pour but de protéger les époux et les tiers contre les modifications qui pourraient entraîner un changement dans la condition juridique des biens des époux telle qu'elle dérive du régime adopté par les conjoints. Le principe de l'immutabilité n'interdit pas la transformation des patrimoines, mais il exige que cette transformation s'opère suivant les règles régissant le régime matrimonial des époux.

C'est en nous inspirant de cette idée générale que nous allons examiner les conséquences de notre principe au point de vue de la composition des patrimoines des époux, en distinguant suivant qu'il s'agit d'un régime impliquant ou non l'existence d'une masse commune.

Régimes excluant l'existence d'une masse commune. — Le type de ces régimes est celui de la séparation de biens auquel on peut du reste ramener le régime dotal qui n'est, en somme, qu'une séparation de biens avec adjonction d'une dot. On doit y ajouter le régime sans communauté. Dans ces régimes chaque époux conservant la propriété de ses biens, et aucune partie n'en étant détournée pour constituer une masse commune, les seules modifications concevables à la composition des patrimoines seraient celles résultant d'une substitution de régime au régime adopté, ou de l'adjonction d'une communauté d'acquêts au régime dotal au cours du mariage. Nous avons déjà examiné ces deux hypothèses.

Toutefois il importe d'insister quelque peu sur le régime dotal, de se demander dans quelle mesure l'immutabilité met obstacle à la transformation du patrimoine de la femme. Sous ce régime les biens de la femme constituent en quelque sorte deux patrimoines séparés. Les uns, affectés aux besoins du ménage, appartiennent en jouissance au mari. Ce sont les biens dotaux ; les autres appartiennent en propriété comme en jouissance à la femme, qui est en quelque sorte à leur égard comme une femme séparée de biens. La loi a déterminé avec soin quels sont les biens dotaux : « tout ce que la femme se constitue en dot ou qui lui est donné par contrat de mariage et dotal, s'il n'y a stipulation contraire », dit l'article 1341. » D'autre part, cette énumération est limitative et doit être interprétée restrictivement. Dès lors il est impossible de faire passer des biens de la masse telle qu'elle est déterminée par le con-

trat, dans la masse dotale. Les principes suivant lesquels chacune de ces masses doit être composée, sont fixés par le contrat de mariage, et on ne peut les modifier après coup.

Il est évident que l'intérêt des tiers, comme celui de la femme et même du mari, exigent que la nature juridique des biens rentrant respectivement dans chacune de ces deux masses ne puisse être changée. Retirer à un bien le caractère dotal est priver la femme de la protection que le régime est destiné à lui assurer avec une vigueur particulière, c'est enlever au mari une partie des revenus sur lesquels il a pu compter.

Aussi est-il évident que les époux ne peuvent, pendant le cours du mariage, diminuer la dot. La loi ne l'a pas dit expressément mais cette solution est la conséquence logique de l'article 1395. Cependant les diminutions qui ne résulteraient pas du fait des époux sont évidemment possibles. Il y aura bien diminution de la dot quand l'immeuble dotal viendra à être détruit par un cas fortuit, ou bien si les valeurs mobilières constituées en dot viennent à subir une baisse. Mais ce qui est interdit par l'immuabilité, c'est de modifier le caractère juridique d'un bien, de faire d'un bien dotal un paraphernal. D'où cette règle se rattachant au principe, que l'immuabilité empêche de diminuer la dot.

Les époux ne peuvent déclarer paraphernal un bien qui, d'après le contrat, de mariage, est ou doit être dotal (1). D'autre part faire passer dans la masse

1. Jaquet, *Effets et sanctions de l'art. 1395*, p. 47 et 60.

dotale un bien qui devrait rester dans la masse paraphernale, ce serait exposer les tiers à toutes les surprises résultant de l'inaliénabilité. Ces mutations sont donc interdites, elles seraient absolument contraires à l'esprit de l'article 1395, car bien que n'entraînant pas à proprement parler une substitution de régime à un autre, elles modifient le contrat qui règle les rapports des époux, qui détermine les droits du mari et la capacité de la femme, ainsi que les bases sur lesquelles les tiers peuvent traiter avec les époux.

Il semble donc que la loi aurait pu se dispenser de dire dans l'article 1543 que la dot ne peut être constituée ni augmentée pendant le mariage, cette règle paraissant être la conséquence logique du principe de l'article 1395.

Mais, en réalité, il n'en est rien. Nous verrons en effet en étudiant quelles sont les personnes liées par l'immutabilité que ce principe ne s'applique qu'aux époux. Au contraire la règle de l'article 1543 s'applique même aux tiers. C'est donc un principe tout différent, il est inspiré par d'autres motifs que l'article 1395, et manifeste la « défaveur » avec laquelle le législateur « envisage » les biens dotaux et l'inaliénabilité. Les conséquences des deux articles coïncident dans une certaine mesure, mais posent deux règles distinctes dont l'une « déborde le domaine de l'autre. »

Il importe cependant de dire quelques mots des conséquences de l'article 1543 dans la mesure où elles coïncident avec le principe de l'immutabilité. La défense d'augmenter la dot pendant le cours du mariage est une règle nouvelle. Elle n'existait pas en droit romain, nous l'avons déjà vu, et la tradition

romaine était restée sur ce point celle de l'ancien droit (1). Le Code a admis cette solution contraire parce qu'il n'est point « favorable » à l'accroissement des biens dotaux et comme tels inaliénables.

Du reste, il importe de ne pas exagérer la portée de notre texte. Il ne met d'abord aucun obstacle aux accroissements prévus par le contrat de mariage lui-même. Il en sera ainsi des biens recueillis par la femme par succession et donation quand elle se sera constituée en dot ses biens à venir. C'est en vertu de la même idée qu'il faut décider que lorsque l'usufruit d'un bien dont la femme s'est constituée en dot, la nue propriété prendra fin par la mort de l'usufruitier, l'immeuble tout entier deviendra dotal et la dot se trouvera accrue de ce chef (2). Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'usufruit prenne fin par la mort ou par une cause étrangère au nu propriétaire. La femme qui s'est constituée en dot ce bien, a manifesté l'intention d'apporter à son mari quelque chose pour supporter les charges du ménage. Cet accroissement devient donc dotal en vertu du contrat de mariage. Mais il en serait autrement si l'usufruit prenait fin par une convention entre l'époux et le bénéficiaire de l'usufruit il y aurait là un accroissement de la dot prohibée par la loi. Même pris à la lettre, notre texte laisse encore certaines possibilités d'augmentation des biens dotaux. Si ceux-ci ne peuvent être augmentés « rien ne les empêche de « l'augmenter » soit par l'effet d'un accroissement naturel de toutes les ajonctions qu'une force étran-

1. Argon, *Institution du Droit français*, liv. III, ch. VIII, p. 74, édit. 1730. — Serres, *Institution du Droit français*, 1771, liv. II, t. VII, p. 149.

2. Bordeaux, 20 janvier 1893. D. 93. 2. 517; S. 94. 2. 32.

gère y apporte, comme des alluvions, soit par l'effet des principes juridiques qui veulent qu'une chose soit considérée comme l'accessoire d'une autre. C'est ici la simple application du principe « *accessorium sequitur principale* » (1). De même, les constructions, améliorations faites sur un bien dotal acquièrent le caractère dotal en vertu de la vieille maxime « *omne quod solo inædificatur solo cedit* » (2). Quelle que soit l'origine des deniers qui ont servi à les payer, ces constructions seront dotales, car elles s'incorporent à l'immeuble, elles font partie intégrante (3 et 4).

L'importance asquise par la fortune mobilière a donné à cette idée l'occasion d'applications nouvelles

1. Troplong, t. IV, n° 3657. — Guillouard, t. IV, n° 1733. — Planiol, t. III, p. 456. — Paris, 23 mai 1863, D. 63.2. 170. — Lyon, 11 mars 1886, D. 84.2. 129.

2. Rouen, 2 mai 1861, S. 62.2. 171. — Cass. civ., 9 août 1870, D. 71.1. 156.

3. Rouen, 8 août 1894, S. 95.2. 245. — Cass. Req., 31 mai 1911, D. 1912.1. 63; S. 1912.1. 500.

4. Cette solution est aujourd'hui reconnue en doctrine, et en jurisprudence. Elle a été autrefois discutée. Rodière et Pont, t. III, n° 1683, admettaient l'accroissement résultant des accroissements naturels mais ils rejetaient cette solution pour les accroissements industriels car il y aurait eu là un moyen trop facile d'accroître la dot pendant le mariage. Ils admettaient donc que les améliorations ainsi apportées à l'immeuble dotal pourraient suivant leur nature faire l'objet au profit des créanciers d'une séparation matérielle ou intellectuelle. Ceci semble bien difficile à admettre car l'immeuble forme un tout. M. Bertauld admettait que la plus-value est dotale mais que la « dot accrue », enrichie est assujettie à l'action de « *in rem verso* » que « celui qui fait l'affaire de la dot doit avoir action sur la dot dans la mesure du profit qu'il en retire ». Les constructions faites sur le bien dotal deviennent donc dotales, inaliénables et insaisissables, sauf pour ceux qui ont fait enlever cette valeur dans le patrimoine de la femme.

Mais cette théorie « séduisante » n'a pas été admise en pratique.

en ce qui concerne les lots et les primes attachés à certaines valeurs de Bourse. Ces lots et primes auront un caractère dotal du moment où ce titre était dotal.

Il reste un dernier cas d'accroissement de la dot qui a donné lieu à discussion.

Une femme s'est constituée en dot une part indivise d'un immeuble, puis elle devient propriétaire pour le tout à la suite d'un partage ou d'une vente.

C'est l'hypothèse que l'article 1408 prévoit pour la communauté. Ici nous n'avons pas de texte. L'opinion d'Aubry et Rau (V. § 534, texte et notes 42, 43) qui voulait limiter le caractère dotal à la partie de l'immeuble primitivement constitué en dot, est en général abandonnée. La jurisprudence et la majorité de la doctrine disent alors que l'immeuble tout entier est dotal, que la femme est réputée en avoir été toujours propriétaire. La rétroactivité du partage l'emporte ici sur la prohibition de l'article 1543 (1).

On voit donc que malgré la formule générale de l'article 1543, il arrive que la dot soit augmentée pendant le cours du mariage. La règle à laquelle il faut dès lors s'arrêter : c'est que les époux ne peuvent donner le caractère dotal à un bien qui, en vertu du contrat de mariage ou de la loi, est paraphernal.

Néanmoins nous allons voir que cette formule qui est la traduction exacte de l'article 1453 aboutit dans ses conséquences logiques à des solutions contraires à l'esprit de l'article 1395, puisqu'elle aboutit en réalité à modifier les rapports pécuniaires des époux. Nous devons donc chercher une formule qui combine le principe de l'article 1453 et celui de l'article

1. Planiol, III, n° 1501, p. 266. — Cass., 21 mars 1860. D. 60.1.297.

1395, et nous la trouverons dans la théorie de la dot incluse dans les paraphernaux.

De notre deuxième règle découle un certain nombre de conséquences, l'une d'elles est indiquée par la loi elle-même (art. 1553), l'immeuble acquis avec des deniers dotaux, quand il n'y a pas de clause d'emploi, n'est pas dotal, quand bien même dans l'acte il y aurait indication de la provenance des deniers et ratification de la femme. Il en sera de même de l'immeuble reçu par le mari en paiement d'une dot mobilière. Pendant le mariage la dot représente quelque chose d'absolument fixe, qui ne peut être transformé. Peu importe, pour déterminer la nature d'un immeuble, l'origine des deniers qui ont servi à son acquisition, seule la personne qui a réalisé l'acquisition doit être prise en considération ; une personne en effet ne devient pas propriétaire parce que le prix a été payé de ses deniers, mais parce que l'acquisition a été faite en son nom (1). L'immeuble appartiendra donc au mari ou à la femme, suivant qu'il a été acheté au nom de l'un ou de l'autre ; celui donné au mari en paiement appartiendra en propriété à celui-ci ; si l'acquisition est faite sur le mandat de la femme, elle en deviendra propriétaire ; si elle est faite en vertu d'une gestion d'affaire, il appartiendra à la femme ou au mari suivant qu'il y aura ou non ratification de la femme (2). Mais dans tous les cas, à défaut de clause d'emploi dans le contrat, le bien sera paraphernal.

C'est en vain que l'on a soutenu qu'en cas de cons-

1. Cass., 19 déc. 1871. D. 72.1.77. — Caen, 22 nov. 1872. D. 74.2.107. — Tours, 26 avril 1872. D. 74.2.103.

2. 26 mars 1866. D. 66.1.508.

titution de dot de tous les biens présents et à venir la clause d'emploi est sous entendue, parce que la femme n'a pas voulu de paraphernaux (1). Cette idée n'est pas exacte. Les biens advenant à la femme seront dans ce cas de plein droit dotaux, mais ceux acquis avec des deniers dotaux seront paraphernaux car ces biens ne sont pas des biens à venir. Les deniers à venir sont des deniers dotaux, mais ce sont des deniers dotaux ordinaires en ce sens qu'en vertu de la théorie de quasi-usufruit ils deviennent la propriété du mari; l'immeuble acquis avec ces deniers ne fait que remplacer ces derniers; il est soumis aux règles ordinaires régissant les biens acquis avec l'argent dotal, il n'est pas dotal (2).

Si le contrat de mariage ne contient pas de clause d'emploi, et si le mari l'a cependant affectée, il est débiteur des deniers dotaux vis-à-vis de sa femme. S'il en est autrement, il y aurait restitution anticipée de la dot sous forme de dation en paiement d'un immeuble. Or, cette restitution anticipée de la dot n'est pas possible.

Ces solutions sont la conséquence de la règle que les époux ne peuvent rendre dotal un bien qui ne l'est pas en vertu du contrat ou de la loi.

Mais on sait que dans une certaine mesure ces conséquences ont été modifiées par l'action de la jurisprudence si importante dans la matière du régime dotal qu'elle les a presque changé complètement les caractères. Dans une certaine mesure de cas où un immeuble, tout en ayant une origine dotale, n'a pu

1. Dutruc, *Séparation des biens*, n° 454 n. 5.

2. Grenoble, 11 juillet 1857. D. 57.2.10. — Cass. 26 juillet 1865, D. 65.1.407.

par suite du texte devenir dotal, la jurisprudence admet que ce bien paraphernal « contient » en lui à l'état « latent » pour ainsi dire, une « valeur » dotale inaliénable qui devra toujours se « retrouver ». On trouvera dans un arrêt de cassation du 1^{er} août 1900 (D. 1901. I. 145) l'énumération de toutes les hypothèses de dot incluses jusqu'à 1900, nous n'avons pas à entrer dans le détail. Il nous suffira d'en indiquer quelques applications. Les deux plus sûres sont les suivantes :

Lors de la séparation de biens, le mari doit restituer à sa femme la dot qu'il en a reçue. Au lieu de lui restituer une somme d'argent, il convient avec elle de se libérer au moyen d'une dation en paiement portant sur un immeuble.

L'article 1395 autorise cette opération et la jurisprudence décide que cette dation en paiement sera représentative de la dot. Cette hypothèse se rattache aux règles de la séparation de biens ; d'autre part la question de représentation de la dot par un paraphernal ne touche pas ici aux pouvoirs d'administration du mari, puisque ces pouvoirs ont pris fin par la séparation.

Mais la question se pose également dans l'hypothèse où une dot mobilière ayant été constituée à la femme sans lui être payée, celle-ci recueille dans la succession du constituant un immeuble au lieu de l'argent qui lui était dû. Voilà : bien immeuble dont la femme est propriétaire à titre héréditaire ; il représente la dot à elle promise en argent et non payée ! L'article 1553 s'appliquera-t-il ici à la lettre ? Cet immeuble doit-il être paraphernal ? La jurisprudence a très ingénieusement dégagé la formule suivante :

l'immeuble n'est pas dotal, mais il représente la dot, la dot est renfermée dans cet immeuble. C'est un paraphernal qui contient en lui-même la valeur dotale et cette constatation entraîne des conséquences au point de vue des pouvoirs du mari et au point de vue de l'inaliénabilité. Au point de vue de l'inaliénabilité l'ensemble des arrêts conduit à la règle suivante: si l'immeuble qui appartient ainsi à la femme représente la dot, cela signifie quant à l'application de l'inaliénabilité à la somme dotale incluse de l'immeuble, que celui-ci ne peut être aliéné, à moins que la somme que représente la dot se retrouve intacte après l'aliénation. Il peut être aliéné par la femme dans les termes du droit commun. Mais il faut en outre que l'aliénation se produise dans des conditions telles qu'on soit sûr que les deniers dotaux représentés par l'immeuble se retrouveront intacts. On imaginera dans ce but toutes les clauses possibles adaptées à ce résultat.

Quant aux pouvoirs du mari sur cette dot, qui est juridiquement représentée par l'immeuble, il y a sur ce point une difficulté. Le mari devrait avoir la dot entre les mains et à sa disposition ; or, elle est dans la fortune paraphernale de la femme. La question s'est présentée au début du xix^e siècle (1). Depuis il ne semble pas qu'il y ait de jurisprudence. A cette date, une femme dotée en argent, et n'ayant pas reçu sa dot, reçut un immeuble dans la succession du constituant. Le mari poursuivit alors sa femme en paiement de la dot à lui due. La Cour de Riom rejeta sa demande, et lui permit seulement de

1. Ravin, 14 février 1809. S. 1819. 2. 72.

réclamer l'intérêt de la constitution dotale, au taux légal. Cet arrêt motivé surtout par des considérations de fait devait, s'il fixait la jurisprudence, singulièrement modifier les pouvoirs du mari et les rendait bien différents de ce qu'ils sont réellement. Mais, en 1809, deux théories fondamentales n'avaient pas encore été élaborées par la jurisprudence, d'abord celle de la représentation de la dot par les paraphernaux et, d'autre part, celle d'après laquelle le mari peut disposer par voie dation, des créances dotales. Il est probable que ces deux théories ultérieures influeraient sur la solution donnée en 1809.

En tout cas, puisqu'il est impossible de donner au mari la jouissance d'un bien paraphernal, et que d'autre part, il est impossible de le priver d'une partie des revenus que la femme s'est constituée « *ad onera motumonii* », il semble logique de décider, que la femme devra céder à son mari une partie des revenus de son paraphernal, correspondant à la valeur des revenus du bien dotal qui est inclus (1).

La consistance matérielle de la dot est donc susceptible de se modifier. Elle peut s'augmenter d'une manière naturelle ou juridique par voie d'accession, par exemple, elle peut se diminuer matériellement. L'utilisation des biens dotaux peut être matériellement transformée. Mais la consistance juridique de la dot reste toujours la même. Et c'est ce qui permet de rattacher la théorie jurisprudentielle de la dot incluse au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Les époux, en adoptant le régime dotal, ont déterminé la composition des deux patri-

1. Planiol, t. III, n° p.

moins de la femme. C'est bien là une convention matrimoniale, car elle se rattache essentiellement au fonctionnement du régime adopté. Or, par suite de la stricte application des règles légales sur la dotalité, il pourrait arriver que la composition de la masse dotale et de la masse paraphernale se trouve modifiée, entraînant par là même dans les rapports pécuniaires des époux un changement qui aurait son origine dans un acte volontairement accompli, par les époux ou par l'un d'eux. Le mari achète par exemple, un immeuble au nom de la femme, avec de l'argent dotal, sans clause d'emploi. La consistance de la masse dotale se trouve modifiée. Sans doute, il reste bien une créance qui a pris la place des deniers dotaux mais au point de vue des relations pécuniaires des époux, de la contribution de la femme aux charges du ménage, on ne peut pas soutenir que la situation soit la même. Or, ce n'est pas par un événement indépendant de la volonté des époux que cette modification s'est produite, c'est par un acte de volonté du mari ou plutôt même des deux conjoints. Ils sont donc arrivés ainsi à modifier une des règles de leur régime matrimonial. Ils ont ainsi violé l'article 1395 qui se trouve en contradiction avec les conséquences de l'article 1553.

On ne peut évidemment écarter ou l'un ou l'autre de ces deux textes. Mais on trouve dans la théorie de la dot incluse un moyen de les concilier.

Par conséquent, le principe que la dot ne peut être ni diminuée, ni augmentée, ni modifiée pendant le mariage n'est vrai qu'en ce qui concerne la consistance juridique. Mais au point de vue matériel, des modifications sont possibles. Celles-ci ne sont pas

en contradictions avec le principe de l'immutabilité, car elles sont souvent indépendantes de la volonté des époux, ou même lorsqu'elles résultent d'actes accomplis par eux, elles doivent être admises, parce que la solution contraire transformerait les époux en incapables, et leur interdirait les actes les plus courants de la vie juridique. Seule comporte l'immutabilité de la consistance juridique de la dot, et elle est assurée grâce à la théorie de la dot incluse.

Régimes impliquant une masse commune. — Dans ces régimes, communauté légale ou communauté conventionnelle, les biens de chaque époux forment une masse distincte d'une autre masse de biens, appartenant en commun aux deux époux. La loi ou le contrat de mariage détermineront la composition de chacun de ces patrimoines et elle ne pourrait les modifier sans violer l'article 1395.

D'où deux règles que l'on peut ainsi formuler :

I. — « Les époux ne peuvent déclarer comme un bien qui, d'après le contrat de mariage, est ou doit être propre. »

II. — « Ils ne peuvent déclarer propre un bien qui, d'après le contrat de mariage est ou doit être commun. »

Il ne peut naturellement être question d'examiner toutes les hypothèses dans lesquelles peuvent fonctionner l'une ou l'autre de ces règles. Il faudrait en effet passer en revue tous les biens qui entrent en communauté et tous ceux qui restent propres et reproduire, pour chacun d'eux, le raisonnement qui prohibe de leur donner un autre caractère que celui qui résulte des conventions matrimoniales. Ce serait une énumération longue et fastidieuse qui ne

constituerait guère que des répétitions inutiles. Il est du reste un certain nombre de cas pour lesquels il suffit de renvoyer aux articles du Code. Car ainsi qu'il est défendu aux époux sous le régime de la communauté légale de déclarer commun « l'immeuble que l'un d'eux possédait au moment du mariage ou qu'il recueille plus tard par succession ou donation » (art. 1404, al. 1) « l'immeuble cédé par un ascendant en paiement de ce qu'il lui doit ou a charge de payer ce qu'il doit à un tiers (art. 1406) : « les produits d'un bien propre qui n'ont pas le caractère de fruits » (art 1403, al. 1) (1) ; « la portion d'un immeuble acquis par licitation ou à l'amiable par l'époux déjà copropriétaire à titre de propre d'un immeuble (art. 1408, al. 1). A l'inverse, des textes précis donnant à certains biens le caractère commun, tels le mobilier qui appartenait aux époux au jour du mariage (art. 1401, al. 1), les fruits des propres (art. 1401, al. 2) l'immeuble acquis entre le jour du contrat et le jour du mariage en échange de choses mobilières (art. 1404, al. 21).

Nous nous trouverons à examiner un certain nombre d'hypothèses qui ont donné lieu à des difficultés.

Les époux peuvent-ils déclarer commun l'immeuble acquis en échange d'un propre mobilier ou immobilier ?

Certains auteurs et des décisions judiciaires, loin de voir dans l'article 1407 une règle « impérative » la considèrent comme purement « interprétative » de la volonté des époux et autorisent ceux-ci à y déroger.

1. Paris. 9 avril 1870. D. 71. 2. 113.

Attendu, dit un arrêt de la Chambre des requêtes, «qu'il renforce seulement l'exercice d'une faculté que la femme conserve sous ce régime d'accepter ou de refuser tout emploi.» De même, d'après MM. Aubry et Rau [Req. 31 juillet 1832. S. 32.1.505], « la femme commune en biens peut, avec l'autorisation de son mari, aliéner sans condition de emploi les immeubles qui, par suite d'échange, seraient subrogés aux propres, aussi bien que ses propres d'origine ; on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait pas immédiatement renoncer lors de l'échange d'un immeuble à l'effet de la subrogation édictée par l'article 1407. La femme qui conserve toujours son action en reprise n'abdiquera pas, par une pareille renonciation, aucun des droits que lui assurait son contrat de mariage. »

Cette opinion, il faut bien le reconnaître, n'a pas rallié la majorité de la doctrine. MM. Le Courtois et Surville l'ont repoussée après M. Laurent. Sans doute, « disent ils, la femme pourrait vendre un de ses immeubles pour un prix déterminé et le tiers acquéreur pourrait de son côté, dans le même acte, vendre un de ses immeubles au mari ou à la communauté. »

Sans doute aussi, le tiers et le mari pourraient toujours, dans le même acte, s'entendre pour établir une compensation conventionnelle entre les deux prix. En fait, il est permis de se demander si l'acte qui est intervenu dans tel ou tel cas peut s'analyser ainsi. Mais, en droit, il nous semble impossible d'attendre que les époux puissent faire un véritable échange et le soustraire à l'application de l'article 1407 qui, s'ils ne l'ont pas écarté par leur con-

trat de mariage, fait partie intégrante de leur régime. Il est bien difficile de penser avec MM. Aubry et Rau et Guillouard que l'article 1407 établit « simplement une présomption de subrogation réelle », que les époux auraient le droit d'écarter à leur gré pendant le mariage (Le Courtois et Surville, 1,94). Le motif invoqué par ces auteurs nous paraît en effet concluant. Quand un propre est aliéné, la créance du prix reste propre, nonobstant toute convention contraire. Lorsque le paiement aura lieu le prix tombera en communauté, sauf récompense. Mais cette solution est commandée par la nature essentiellement consomptible de l'argent dont la communauté en tant que quasi-usufruitière devient propriétaire. Il en est au contraire tout autrement quand le prix, au lieu de consister en argent, consiste en une chose matérielle, meuble ou immeuble, dont l'usufruit n'implique pas l'appropriation. Dès lors rien ne permet d'écarter dans ce cas l'application de notre règle qui interdit aux époux de faire un bien commun d'un bien qui devrait rester propre, sinon on leur permettrait de tourner à leur gré le principe de l'immutabilité.

2° Nous déclarons de même que les époux ne peuvent déclarer commun leur mobilier présent ou futur s'ils l'ont par contrat exclu de la communauté. La femme ne peut donc pas renoncer au emploi dont la nécessité a été stipulée par le contrat de mariage. Cependant on a proposé de faire une distinction : sans doute, la femme ne pourrait d'une façon « générale », sans détruire l'immutabilité des conventions matrimoniales, renoncer à cette condition de emploi, mais elle le pourrait dans certaines

hypothèses « déterminées » et en faveur de « certaines personnes ». « Si, dit la Cour de Lyon (11 juillet 1847. S. 58.2.6), elle ne peut changer les conditions de la stipulation matrimoniale qui la régit, elle peut toujours, par des mesures particulières, à mesure que le cas se présente, se désister du bénéfice de ces dispositions ». Mais la Cour de cassation a réformé formellement cette distinction. L'espèce était la suivante : leur contrat de mariage stipulait que le remploi serait obligatoire pour les tiers. Un propre de la femme ayant été vendu, les époux faisaient commandement à l'acquéreur de payer son prix. La femme déclarait renoncer à exiger le remploi. L'acquéreur répondait en faisant aux époux des offres réelles à charge par eux de se conformer aux règles de leur contrat. Le tribunal de Brives lui donna tort. Mais en appel la Cour de Limoges admet sa prétention (11 décembre 1883. D. 64.2.217). La Chambre des requêtes déclara non fondé le pouvoir formé par les époux contre cette décision « attendu que la déclaration par la femme qu'elle entend renoncer à la condition du remploi, ayant pour effet de modifier la stipulation du contrat de mariage, ne peut avoir d'effet pendant que le mariage dure encore » (19 juillet 1864. D. 95.1.431).

3° Les époux ne peuvent donner à un immeuble acquis au cours du mariage le caractère d'un propre alors qu'il n'y a aucune déclaration d'emploi ou de remploi même « in futurum » « attendu, dit la Cour de Lyon, qu'il est constant que l'immeuble a été acquis pendant la durée du mariage, que la communauté comprend tous les biens acquis pendant le mariage, sauf exceptions limitativement énumérées

et que, à la dissolution de la communauté, ces acquisitions doivent se partager dans des portions légales » (Lyon, 21 juillet 1849, D. 1849.2.223).

4° C'est surtout à propos des valeurs mobilières que le principe que les époux ne peuvent se créer des propres pendant le mariage a donné lieu à des discussions. Une femme mariée fait mettre à son nom des valeurs mobilières, elle transforme en titres nominatifs des titres au porteur ? Ces titres sont-ils propres ou communs ? Il faut sans contestation décider qu'ils sont communs, sauf toutefois s'ils proviennent d'une libéralité faite par un tiers avec exclusion de communauté, ou s'ils ont été achetés à titre de emploi. De là il faut traiter ces titres comme faisant partie de la communauté sous peine de violer l'article 1395.

Sans doute, en pratique, l'on a voulu en tirer argument. Les compagnies exigent pour faire le transfert au nom de la femme, la signature du mari et l'on a prétendu que son intervention rendait l'opération valable. Cette conception nous paraît radicalement fausse : le mari ne peut donner à un bien, qui devrait être commun, le caractère d'un propre de la femme. La solution, du reste, si on l'admettait, serait dangereuse, car on ne pourrait refuser au mari le droit de faire la même opération sur des titres au porteur et de les transformer en propres au détriment de la communauté.

La solution à laquelle nous nous rallions est du reste celle adoptée par la jurisprudence. Deux époux étaient mariés sous le régime dotal avec communauté d'acquêts. Ils avaient stipulé qu'une somme de 4.500 fr. en numéraire faisant partie de l'apport de la femme

serait employée dans le délai de trois mois en valeurs mobilières au nominatif et que ces valeurs auraient le caractère dotal.

En exécution de cette clause, huit obligations furent achetées au nom de la femme. A la mort de celle-ci ses héritiers prétendirent obtenir en nature lesdites obligations. Mais le tribunal de la Seine (30 mai 1899) repoussa leur prétention estimant qu'ils ne faisaient pas la preuve que ces obligations avaient été achetées avec les 4.500 francs provenant de la dot. En effet, le certificat ne portait aucune mention de dotalité, non plus que l'indication de provenance des deniers. Il n'y avait donc pas eu remploi et les obligations étaient tombées dans la communauté. Cette décision confirme la règle que nous avons énoncée : que le mari ne peut constituer au propre de sa femme des biens qui doivent tomber dans la communauté.

Mais nous avons de ce principe une application plus intéressante faite par la Cour de cassation à propos d'une convention à titre onéreux passée par les époux avec des tiers. Il en résulte que cette convention ne peut par une clause spéciale donner à un bien un autre caractère que celui qui lui est imposé par le contrat de mariage. Certes, rien n'empêche un tiers de donner ou de léguer à titre de propre un objet qui devrait tomber dans la communauté. Les tiers ne sont pas, en effet, liés par l'immutabilité. Mais il en est autrement quand la condition d'exclusion de la communauté se trouve insérée dans un contrat onéreux. La question s'est posée devant la Cour de cassation dans des conditions très compliquées et a donné lieu à un rapport très approfondi

de M. le conseiller Denis (Cass., 6 juillet 1905. D. 1906.1.374). Nous laissons de côté les difficultés accessoires soulevées sur la nature des opérations d'assurances mutuelles pour nous en tenir aux points touchant à notre question. En l'espèce, le mari avait acquis au cours du mariage des parts de fondateurs dans diverses compagnies d'assurances mutuelles. Il soutenait que ces parts de fondateurs, bien que meubles, ne pouvaient point faire partie de la communauté, attendu qu'un article des statuts de la compagnie stipulait « les droits des fondateurs personnels et incessibles », sauf au profit des « descendants directs » et des « obligataires ».

La Cour d'appel d'Angers, réformant la décision des premiers juges, repoussa cette interprétation, attendu que s'il ressort clairement de l'ensemble des dispositions dudit article (des statuts) qu'il a eu pour but d'empêcher des parts de fondateurs de passer entre les mains d'étranger, il n'apparaît pas au contraire qu'il ait réellement attribué à des parts de fondateurs le caractère d'un droit propre et personnel au mari, à l'encontre du moins de la communauté légale.

La Cour ne trouvait la preuve dans ce fait que les statuts attribuaient les remises déterminées par eux non seulement aux fondateurs, mais aussi à leurs ayants droit et les autorisait à les céder à leurs descendants ou à des obligataires. « Or, disait M. le conseiller Denis, un droit que L... a pu céder non seulement à ses enfants, mais encore à toute autre personne possédant des obligations de la Société ne lui étaient pas attribuées par le contrat à titre personnel et de propre. Si ces parts de fondateur ne lui

étaient pas entièrement personnelles, comment ne seraient-elles pas ; en vertu de l'article 1401, tombées en communauté ? » En effet, si un donateur peut exclure de la communauté le bien donné, la même faculté n'appartient pas au contractant à titre onéreux. Or, dans l'espèce, l'attribution de parts de fondateur à celui qui apporte à une Compagnie d'assurance des combinaisons nouvelles ou certain avantage est un contrat à titre onéreux. En somme, le mari avait vendu à un tiers son invention ; « le droit de la communauté était préexistant à cette vente de l'œuvre du mari, il est manifeste que celui-ci ne pouvait dépouiller la communauté à son profit en faisant inscrire dans l'acte la clause d'incessibilité ». M. le conseiller Denis concluait donc :

« A l'encontre de la communauté tout au moins, cette clause dérogatoire au régime matrimonial est nulle ; cette conclusion s'impose : si on ne l'admettait pas, le mari aurait mille moyens de se créer des propres au préjudice de la communauté. »

La Cour de cassation adoptant la manière de voir de son rapporteur décida que :

« La convention à titre onéreux par laquelle un des époux recevrait d'un tiers sous la condition qu'il lui resterait propre, ou bien, que le régime matrimonial auquel il est soumis aurait fait tomber dans la communauté, est, quant à cette condition, en vertu du principe de l'immutabilité du contrat de mariage, sans valeur à l'égard de l'autre époux. »

Il ne serait sans doute pas difficile de multiplier les exemples à l'appui des deux règles que nous avons formulées. Mais ceux que nous avons indiqués nous semblent suffisamment probants. Cependant, avant

de quitter cette question, il importe de faire une dernière observation, qui nous conduit à formuler une dernière conséquence de notre principe :

Mais, entre ces deux patrimoines propres et communs il peut se produire des mutations d'un à l'autre, Par suite de l'aliénation d'un propre par exemple, la valeur d'un bien propre peut tomber en communauté et à l'inverse une partie de celle-ci, peut passer dans le patrimoine propre, sous forme de dépense faite au profit de ce dernier. Le jeu même des règles de la communauté, les principes qui déterminent le caractère respectivement propre ou commun des biens, pourraient nous conduire à une mortification de l'un ou l'autre patrimoine. Ce serait une atteinte à l'immutabilité d'où la théorie des récompenses après avoir été inaugurée comme le principe de l'immutabilité pour empêcher les donations entre époux, les récompenses sont devenues un moyen d'empêcher que l'un des patrimoines du régime de la communauté ne s'enrichisse au dépens de l'autre. Elle se rattache donc à l'immutabilité des conventions matrimoniales et en est en quelque sorte une conséquence.

D'où cette troisième règle :

Les époux ne peuvent renoncer, l'un en faveur de l'autre aux récompenses ou indemnités auxquelles ils pourraient avoir droit, ou déclareraient, à l'occasion de l'acquisition d'un immeuble et en dehors des conditions légales de remploi, que cet immeuble appartiendra en totalité à l'un d'eux (Aubry et Rant. VII, § 503 *bis* p. 510).

B. — *Modifications aux pouvoirs des époux*

Nous avons déjà précédemment examiné ce point dans le développement qui précède puisque les pouvoirs des époux sont intimement liés à la nature des biens sur lesquels ils portaient.

Bien évidemment il ne saurait être permis de faire, par une convention postérieure au mariage, ce qu'ils ne pourraient faire dans le contrat lui-même, par exemple, le mari ne saurait renoncer à son droit d'administration sur ses propres ou sur la communauté, se plaçant, suivant les termes d'une clause qui a été déclarée illicite, dans « une vraie et formelle interdiction judiciaire » (1).

D'autre part, si le contrat de mariage contient des autorisations spéciales données par le mari à sa femme, par exemple de toucher seul une partie de ses revenus (art. 1584 1 1549) de faire un acte déterminé comme de toucher un capital propre sur la simple quittance, ces clauses sont à proprement parler des « conventions matrimoniales » et ne peuvent être modifiées.

Au point de vue des pouvoirs des époux on peut diviser tous les régimes en deux grandes catégories, suivant que le mari a ou n'a pas droit de jouissance et d'administration sur les biens de sa femme. D'où deux questions inverses :

1° Dans le cas où le mari a un pouvoir d'administration sur les biens de sa femme, c'est-à-dire sur les biens propres au cas de régime de communauté et,

1. Cass. 7 sept. 1808. D. J. G. 3° introduction, n° 31. 1.

sans communauté, sur les biens dotaux dans le régime dotal, le mari peut-il renoncer à ce pouvoir par une convention passée au cours du mariage ?

La négative ne fait pas de doute : la mari ne peut pas renoncer au droit d'administration qu'il a sur les propres de sa femme, pas plus qu'à celui que l'article 1453 lui confie sur les biens dotaux.

Cette solution ne fait pas obstacle à ce que le mari donne à sa femme un mandat de l'administrer.

La Cour de cassation en a aussi décidé dans une espèce intéressante. Deux époux mariés sous le régime dotal étaient séparés de fait : Il avait été convenu entre eux que la femme toucherait chaque année sur les revenus dotaux une certaine somme pour l'entretien de son ménage personnel. Cet accord fut validé par la Cour de cassation qui y vit un mandat révocable donné par le mari de pourvoir à une partie des charges du ménage, au moyen des deniers dotaux affectés à cet usage. Cet accord n'était en réalité qu'un mode d'exécution quant aux revenus des dispositions du contrat, il ne constituait pas une dérogation à l'immutabilité. Dans ces hypothèses c'est à titre de « procurator » et comme représentant du mari que la femme agit. Il est intéressant de bien préciser la qualité en vertu de laquelle la femme agit alors, car par suite de l'idée de représentation, c'est le mari qui sera sensé avoir agi lui-même, et qui par conséquent pourra être responsable (1).

Cette solution est intéressante lorsque le mandat donné à la femme comportait l'obligation de faire un

1. Ca. req., 8 février 1883. D. 83. 1. 33.

remploi indiqué par le mari, et qui a été désavantageux pour la femme. Mais en serait-il de même si aucune indication de ce genre ne figurant dans le mandat, la femme a choisi elle-même le emploi à effectuer et qu'il ait tourné à son désavantage ? Le mari ne pourra-t-il pas, se fondant sur l'article 1992 du Code civil lui demander une reddition de son compte dans lequel il lui reprochera son imprudence ? La jurisprudence se montre moins sévère dans l'appréciation de la responsabilité que la femme encourt dans cette hypothèse que dans celle qu'encourt le mari à son égard, en tant qu'administrateur.

Elle estime que la femme n'est pas tenue de rendre des comptes en règle et qu'elle doit seulement s'abstenir de tirer de l'opération un profit personnel (1).

Mais supposons que la femme ait, dans l'exécution de ce mandat, commis une faute assez grave pour dispenser le mari de lui payer ses reprises. N'y a-t-il point là une modification aux conventions matrimoniales ?

Il n'en est rien, car ce résultat tient à la liberté, dont jouit la femme, sous tous les régimes autres que le régime dotal, de compromettre ses reprises en se rendant débitrice envers son mari, par des contrats qu'elle passe avec lui, notamment par un mandat qu'elle accepte de lui et qu'elle exécute mal.

2° Mais une question inverse se pose. Si la femme s'est réservée l'administration de certains biens pro-

. 1. Aix, 15 janv. 1838. D. 38. 2. 149. — Besançon, 18 nov. 1862. D. 62. 2. 212. — Cass. req., 25 nov. 1868. D. 68. 1. 148.

pres ou paraphernaux, peut-elle l'abandonner après le mariage pour l'attribuer au mari ?

Il est évident que la femme ne pourrait se dépouiller irrévocablement de ce droit au profit de son mari (1). A la vérité, on ne voit du reste pas comment on pourrait concevoir un mandat irrévocable. La faculté de révocation, en effet, est inhérente au mandat, du moins quand il est donné dans l'intérêt du mandataire, qui est bien le cas dans notre hypothèse. Car, si la femme donnait à son mari un mandat dans son intérêt exclusif, nous nous trouverions en face d'une autre forme d'atteinte au principe de l'article 1395. Cependant, un arrêt de Montpellier, rendu en 1899, semble avoir admis cette possibilité de mandat donné par une femme à son mari, pour l'administration de ses biens paraphernaux. Toutefois on ne voit pas clairement si, dans l'espèce, la femme avait renoncé au droit de révoquer le mandat (2).

Ce serait une modification interdite aux conventions matrimoniales, car elle aboutirait à une véritable abdication des pouvoirs confiés par celui-ci à la femme. Il en serait autrement d'un pouvoir révocable donné par la femme au mari, loin de constituer une dérogation aux conventions matrimoniales, ou une renonciation au droit d'administration, cet acte ne serait, en effet, que l'exercice même de ce droit. Du reste, l'article 1577 suppose expressément la possibilité pour la femme de conférer à son mari

1. Sarrut, note sous arrêt Cass., 15 mai 1899. D. 99.1.353.

2. Montpellier, 29 novembre 1897, sous arrêt. Cass., 15 mai 1899. D. 99.1.312.

un pouvoir d'administration de ses biens paraphernaux. Ce mandat peut même être tacite (1578) et, chose curieuse, les conséquences de ce mandat tacite ne seront pas les mêmes que celui d'un mandat expres. L'article 1578 a réglé d'une façon particulière la responsabilité du mari, et cela pour des raisons de fait. Le mari n'est tenu de représenter que les fruits non consommés, la loi présumant que la femme avait renoncé aux fruits pour aider le mari à supporter la charge du ménage. Cette particularité du reste, ne suffit pas à faire de l'article 1578 un texte dérogeant au principe de l'article 1395, car le mandat tacite reste toujours révocable ; la femme administre par l'intermédiaire de son mari qui la représente, les règles de l'administration ne sont donc pas modifiées. Quant au fait pour le mari de n'être pas tenu de restituer les fruits consommés, nous en avons vu l'explication, et celle-ci se rattache directement à l'idée que, faute de biens dotaux suffisants, les paraphernaux doivent contribuer aux charges du ménage ; il n'y a donc là aucune atteinte à l'immutabilité.

C. — *Liquidation des droits des époux*

La liquidation du droit des époux soulève deux questions : A quelle époque doit-elle s'opérer et sur quelle base doit-elle se faire. Dans quelle mesure la volonté des époux peut-elle s'exercer sur ces deux points ?

On ne peut modifier l'époque à laquelle elle doit avoir lieu. Cette époque est normalement fixée à la dissolution du mariage, par la mort de l'un des époux, mais elle peut se produire avant celle-ci, par le divorce ou la séparation de corps.

S'il était permis de faire une liquidation anticipée, le résultat serait que les époux se trouveraient soumis à deux régimes successifs ; or, nous savons que cette solution est contraire à l'immutabilité. De ce que les opérations de liquidation ne peuvent avoir lieu avant que le régime ait pris fin, découle un certain nombre de circonstances. D'abord, sous un régime de communauté, la femme ne pourrait exercer son droit d'option avant la dissolution de la communauté, elle ne pourrait avant ce moment faire avec son mari une clause par laquelle elle s'engagerait d'avance à accepter ou à répudier la communauté.

De même, les époux ne pourraient, avant la dissolution de la communauté, procéder à son partage, même dans le but de faire entre les enfants un partage anticipé (art. 1076). Cette opération serait une modification aux conventions matrimoniales (1).

Sous un régime dotal, la femme ne pourrait, en vertu d'une convention de restitution anticipée, exiger la remise de la dot.

Cette convention, en effet, serait nulle. De cette nullité il résulte : 1° que le mari pourrait, contrairement à cette convention, exiger que les biens restitués par lui en vertu de cette convention, lui soient remis, sinon ils perdraient leur caractère dotal, contrairement aux conventions matrimoniales ; 2° que le mari qui exécuterait cette restitution, ne pourrait pas être considéré comme libéré, et qu'il pourrait être tenu de rembourser la dot une seconde fois (2). Néanmoins, cette solution rigoureuse subit un double tempérament.

D'abord, au cas où l'objet restitué était un corps certain, qui a péri par suite d'un cas fortuit, qui l'aurait détruit aussi bien entre les mains de la femme que du mari. Ensuite, en vertu du principe que la femme ne peut s'enrichir aux détriments du mari, de sorte qu'elle ne pourra demander une nouvelle restitution que pour les valeurs qu'elle a dissipées et dont elle ne se trouve pas enrichie. Il faut appliquer à cette hypothèse l'article 1241, aux termes

1. Bordeaux, 8 décembre 1831. D. J. G. Voir contrat de mariage, n° 343.

2. Caen, 14 novembre 1825. D. 1830.2.76. — Grenoble, 28 août 1847. S. 469. — Paul, 13 juin 1866. S. 67.2.41.

duquel : « Le paiement fait au créancier n'est pas valable s'il était incapable de le recevoir, à moins que le débiteur ne prouve que la chose a tourné au profit du créancier. »

Quant au point de savoir si les conjoints peuvent ou non modifier les bases sur lesquelles doit intervenir la liquidation de leurs droits, il faut également répondre par la négative. Dans un régime de communauté, ils ne sauraient notamment substituer au partage égal par moitié une clause d'attribution exclusive de la communauté à l'un des époux ou stipulant un forfait.

§ 1. — *Contrats entre époux.*

Nous avons jusqu'ici examiné l'immutabilité des conventions matrimoniales en soi, sans nous préoccuper de la nature juridique des opérations qui pourraient les modifier. C'est maintenant sous cet aspect qu'il importe d'examiner le problème, en recherchant quelles opérations sont interdites aux époux, comme pouvant par leurs conséquences porter atteinte au principe de l'article 1395. Nous sommes ainsi amené à nous demander dans quelle mesure la liberté des époux peut se trouver limitée dans la conclusion des contrats qu'ils passeraient entre eux, ou avec les tiers.

Avant d'examiner plus spécialement quelques contrats comme la société, ou la constitution d'une rente viagère, il importe de se poser une question plus générale : la femme peut-elle valablement contracter avec son mari ?

D'une manière générale, la femme ne peut valablement agir sans l'autorisation de son mari, mais le mari peut-il donner une autorisation quand la femme passe un acte avec lui-même ? De suite on songe à la vieille maxime romaine « *nemo potest auctor esse in rem suam* » et on est tenté de l'appliquer ici.

Il n'en est rien cependant. La règle romaine vise « *l'auctoritas tutoris* », elle s'applique aux actes que le tuteur voudrait faire avec son pupille, et dans cette mesure nous l'avons admise. Mais, en droit romain, elle n'a pas été créée pour régler les rapports du mari et de la femme et nous n'avons aucune raison de l'appliquer à l'autorisation maritale. En effet, celle-ci n'a rien de commun avec « *l'auctoritas tutoris* » ; elle n'a pour but de compléter la personnalité incomplète de celui qui agit, elle est uniquement la traduction de l'idée de puissance maritale destinée à assurer l'unité de direction dans le mariage. Le mari n'est donc point « inhabile » à autoriser sa femme à traiter avec lui-même.

Mais la femme peut-elle traiter avec son mari ? Oui, en principe. Le Code civil, n'a pas en effet, reproduit l'ancienne interdiction pour les époux de faire entre eux aucune opération à titre gratuit ou onéreux. Le motif qui expliquait cette interdiction, c'est-à-dire la crainte des donations entre conjoints, n'existe plus aujourd'hui. Les donations sont permises à titre révocable, et si la possibilité de contrat entre époux offre à ceux-ci un moyen de tourner la règle, la loi autorise à faire la preuve de cette fraude. Il faudrait, pour que les époux fussent incapables de contracter, un texte général édictant cette incapacité. Or, ce texte fait défaut et bien plus, il existe quelques textes

particuliers interdisant aux époux certains contrats déterminés, comme la vente (1595) et l'échange (1707). Cela suffit à prouver qu'il n'existe pas contre les époux une interdiction générale de contracter et ces textes spéciaux sont de droit strict.

Nous pouvons en passant faire remarquer qu'en interdisant l'échange entre époux par analogie de ce qu'elle avait décidé pour la vente, la loi a donné une solution assez peu logique. La loi interdit la vente comme pouvant dissimuler une donation irrévocable ; il suffisait en effet de faire une vente, dont le prix ne serait pas effectivement payé. Rien de pareil ne peut se présenter pour l'échange qui se réalise par la prestation d'un bien contre un autre ; faute de remise effective il n'y aurait pas échange. Ce danger contre lequel la loi a voulu se prémunir était donc imaginaire (1).

Bien que les époux soient d'une façon générale capables de contracter entre eux, n'y a-t-il pas cependant quelques opérations qui leur sont interdites comme pouvant porter atteinte à l'immutabilité ?

La question a été discutée à propos du mandat et de la société. Nous nous sommes déjà expliqué sur le premier de ces contrats en parlant des modifications aux pouvoirs des époux, car c'est spécialement à cet égard que la question se pose. Que décider à propos de la société ?

A. — *Société entre époux*

D'abord quel intérêt peuvent avoir les époux à

1. Planiol, *Revue critique*, 1888, p. 273, 276.

former entre eux une société ? Sous le régime de la communauté leur intérêt à conclure un contrat de cette nature est assez faible. Il en est autrement si les époux sont mariés sous le régime de séparation de biens. L'établissement d'une société leur permettra en ce cas d'établir, du moins partiellement, cette communauté d'intérêts qu'implique le mariage, mais qu'avait écarté le régime adopté par eux. Au point de vue du crédit des époux cette combinaison présente au reste l'avantage de renforcer le crédit du mari, en donnant aux créanciers sociaux une action contre les biens apportés par la femme dans la société.

Malgré cet avantage une jurisprudence très ferme annule les sociétés entre époux (1).

Dans une note sous un arrêt de cassation (D. 1912. 1. 481). M. Ar. Bouvier-Bangillon a essayé de démontrer à l'aide d'arguments historiques que le législateur avait entendu formellement interdire la société entre époux. Cet auteur qui approuve au moins en principe la solution de la jurisprudence est amené à ce raisonnement parce qu'il n'a pas grande confiance dans l'argument du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. S'appuyant sur les articles 1387 et 1394 du Code civil, il pense que le contrat de société ; possible entre futurs conjoints, est interdit entre époux ; sans doute le Code parle dans l'article 1387 d'association et non de société ; mais ce n'est qu'une terminologie inexacte.

1. Cass., 7 mars 1888. D. 88.1.349. — Cass., 8 décembre 1891. D. 92.1.117. — Cass., 27 juin 1893. D. 93.1.488. — Nancy, 9 février 1901. D. 1902.2.140. — Kuq, 19 mai 1908. D. 1988.1.359. — Cass., 23 juin 1912. D. 1912.1.481.

Le Code a emprunté implicitement l'interdiction des contrats de société entre époux à l'ancien droit. Celui-ci l'interdisait comme conséquence de l'interdiction des donations entre époux, le Code a permis les donations révocables, mais il a interdit la vente entre époux. Il a également condamné la société, articles 1387 et 1394, et suivants du Code civil. Si le Code n'a pas formellement prohibé les contrats à titre onéreux entre époux, ce silence ne veut pas dire qu'il les autorise. Entre le Code et l'ancien droit il n'y a qu'une différence de forme. Au lieu de poser une interdiction générale, comme l'ancien droit, il s'est borné à interdire seulement les contrats, la vente et l'échange parce que ce sont les deux principaux contrats que les anciens auteurs prohibaient entre époux, et les seuls qui en pratique — avec la société — se trouvaient interdits entre eux.

Ce serait donc en vertu d'une prohibition formelle que la société serait interdite entre époux.

Nous ne pouvons accepter cette façon de voir. Il suffit de lire les articles 1387 et suivants du Code civil et l'article 1394, pour voir que les mots « association conjugale » ont un sens autrement large que le terme technique « société ». Si dans l'ancien droit, si dans Pothier notamment les deux mots sont pris l'un pour l'autre, il n'en est pas moins vrai que l'expression « société », « association conjugale », sont, d'une façon générale, l'ensemble des rapports pécuniaires existant entre époux, abstraction faite d'apports réciproques, de mise en commun de certains biens, en vue de réaliser un bénéfice pécuniaire. Quant à l'article 1394, comment y voir une

interdiction de société entre époux, à moins de prétendre que la société contractée au cours du mariage est une convention matrimoniale, ce qui nous ramènerait à dire qu'elle est interdite en vue de l'article 1395 dont l'auteur précité refuse précisément de tirer argument à l'appui de sa thèse.

Celle-ci, du reste, ne va-t-elle pas à l'encontre d'un principe fondamental : que les incapacités sont de droit étroit. Le Code a interdit la vente entre époux parce que c'était le contrat auquel ils auraient eu le plus souvent recours pour se faire des libéralités. Mais les anciens auteurs interdisaient tout aussi expressément la société. Pourquoi les auteurs du Code auraient-ils pris dans les anciens auteurs l'interdiction de la vente en négligeant de la reproduire pour la société qu'ils trouvaient citée à côté d'elle. Bien mieux, ils ont pensé à interdire l'échange, et ils n'auraient pas songé à la société, citée tout aussi souvent que la vente pour être interdite ! De ce fait, ne peut-on pas conclure que les rédacteurs du Code civil ont voulu interdire certains contrats aux époux ; ils l'ont dit alors expressément, mais on ne peut tirer de ces cas la conséquence générale qu'ils ont voulu maintenir le principe de l'ancien droit inclusif de tout contrat à titre onéreux entre époux.

Nous nous tenons donc au principe que les époux sont libres de faire tout contrat à titre onéreux, sauf ceux expressément interdits par le Code.

Comment donc la jurisprudence a-t-elle pu arriver à interdire entre époux ce contrat qui semble si naturel et qui correspond à des besoins si réels que chaque année les tribunaux sont appelés à statuer sur des sociétés établies entre conjoints ? La persistance des

époux pour un contrat de ce genre suffit à montrer son utilité ; aussi importe-t-il de rechercher si cette jurisprudence prohibitive est fondée ou tout au moins si l'argument qu'elle prétend tirer en sa faveur de l'article 1395 est exact.

Les Cours d'appels avaient tenté de valider la société entre époux, mais la Cour de cassation a remarqué que, généralement, les sociétés de cette nature, intervenaient entre époux mariés sous le régime de la séparation de biens. Or, sous ce régime, les biens de la femme lui restent propres ; en outre, c'est elle qui en a l'administration. En constituant une société où elle fait apport de ces mêmes biens, elle les rend indivis entre elle et son mari. D'un autre côté, si le mari est désigné comme gérant de la société, il prend en main l'administration que le contrat réservait à la femme. Il y a donc dérogation, dit la Cour, au principe de l'immutabilité. Aussi la Cour de cassation n'a-t-elle pas hésité d'annuler les sociétés entre époux mariés sous le régime de la séparation de biens.

Mais, quand les époux sont mariés sous le régime de la communauté, ces objections ne se présentent plus.

Cependant la Cour a annulé ces sociétés au nom de l'immutabilité. La Cour estime que ces sociétés ont pour effet de réduire les pouvoirs du mari vis-à-vis de sa femme c'est-à-dire la puissance maritale, en donnant à la femme, comme associée du mari un droit de contrôle sur la marche de la société, et sur l'administration du mari. Mais, s'il peut être soutenu que la femme contrôle alors la gestion du mari et si cette raison suffit à faire annuler la société entre époux, on peut se demander pourquoi les sociétés entre

époux mariés sous le régime de communauté en seraient nulles, que si elles étaient faites postérieurement au mariage, il faudrait les déclarer nulles, même établies par contrat de mariage, car on ne peut dans celui-ci déroger aux règles de la puissance maritale.

C'est, en effet, à cette solution logique mais rigoureuse que la Cour de cassation en est arrivée. Le principe de l'immutabilité invoqué pour justifier l'interdiction des sociétés entre époux est rentré dans l'ombre; les arrêts le mentionnant encore. Mais, en le mettant en quelque sorte au second plan, ils s'attachent de préférence à l'idée que les règles de la puissance maritale sont des principes d'ordre public, auxquels, même par contrat de mariage, on ne peut déroger.

Examinons d'abord rapidement ce dernier argument. Nous nous arrêtons davantage sur celui tiré de l'immutabilité qui rentre directement dans notre étude.

Le premier argument est tiré de ce que ce genre de contrat serait incompatible avec l'exercice de la puissance maritale. La solidité de ces sociétés serait, en effet, contraire à l'état de subordination dans lequel se trouve la femme par rapport au mari. La société, avec le contrôle qu'elle donne à chaque associé, conférerait à la femme un pouvoir incompatible avec son état de soumission [art. 1308 du C. civ.].

« Attendu que toute société formée soit entre les « époux seuls, même séparés de biens, soit entre de « tels époux et un tiers est incompatible avec la puissance maritale » (Cass., 23 janvier 1912. D. 1912.1.481.)

C'est une formule que l'on retrouve en termes identiques dans tous les arrêts de la Cour de cassation.

Un arrêt a même été jusqu'à dire que l'état de mariage est incompatible avec une association entre époux autre que celle résultant de leur régime matrimonial (1).

Ce motif tiré de la puissance maritale ne paraît pas convaincant. Les époux peuvent exercer un commerce en collaboration, et l'on ne voit pas quelles raisons on pourrait donner pour obliger la femme à être la préposée du mari, ou le mari à être le préposé de la femme. Il pourrait même arriver que la femme, exerçant avec l'autorisation de son mari un commerce séparé, ait son mari comme employé ; elle pourrait évidemment lui donner des ordres, lui demander des comptes. Dira-t-on que ceci est interdit par suite des principes de l'autorité maritale ? Mais une femme séparée peut donner mandat à son mari d'administrer ses biens et lui demander compte de sa gestion. Du reste, la loi de 1907 ne permet-elle pas à la femme de demander des comptes à son mari, puisqu'elle peut, aux termes de l'article 7, obtenir du juge de paix du domicile du mari l'autorisation de saisir, arrêter et de toucher du salaire ou du produit du travail de son conjoint, une part en proportion de ses besoins, au cas où le mari ne subviendrait pas spontanément dans la mesure de ses facultés aux charges du ménage.

Il y a là plus qu'une demande de comptes comme il s'en peut produire entre associés. Mais, même en

1. Nîmes, 18 déc. 1886. Sous requête, 12 juillet 1887. S. 871.384.

dehors de la loi 1907 et avant les innovations qu'elle a réalisées, on ne voit pas, ainsi que le fait remarquer M. Thaller (1), comment la femme, qui est recevable à demander la séparation en cas de péril couru par sa dot, contreviendrait davantage à la puissance maritale et au rôle qui lui est fait dans le ménage en demandant compte au mari d'une administration de société conclue entre eux.

L'argument tiré de la puissance maritale ne nous convient donc pas. Mais il en est un autre que l'on trouve aussi dans les arrêts et qui nous intéresse particulièrement, puisqu'il est tiré de l'article 1395. En effet la société entraîne la réunion des biens des époux ou de certains d'entre eux alors qu'ils devraient être séparés, d'après le régime adopté, ou bien elle fait peser sur les propres de la femme une responsabilité générale à raison des dettes contractées par le mari; on voit là une déformation du régime adopté auquel on imprime une économie différente, ce qui est précisément interdit au cours du mariage.

On trouve dans tous les arrêts de la Cour de cassation une formule identique sur ce point : « Attendu « que toute société formée soit entre époux seuls, « même séparés de biens... susceptible de porter « atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales. »

Cette argumentation a convaincu certains auteurs. « Il est impossible en effet, de nier, disent MM. Colin « et Capitant, que l'établissement d'une société entre « deux époux, ne modifie leur régime matrimonial ». Et les deux savants professeurs se rangent

1. *Droit commercial*, n° 348.

malgré eux à l'avis de la jurisprudence, et en prennent acte pour condamner une fois de plus l'article 1395, puisqu'il a pour conséquence d'interdire entre époux une opération utile, répondant à un véritable besoin et à des nécessités pratiques (1).

Malgré l'autorité de ces auteurs et de la jurisprudence, nous pensons au contraire, avec une autre partie de la doctrine, que la constitution d'une société entre époux n'est pas en droit, et sous certaines réserves incompatible avec le principe de l'immutabilité.

Il est du reste curieux de remarquer que même parmi les partisans de la jurisprudence, certains, comme nous l'avons vu, ne se sont pas fondés sur l'article 1395, et cette divergence jette déjà un préjugé sur la valeur de l'argument tiré de ce texte.

Une convention quelconque entre les époux n'atténue point le contrat de mariage : la donation en faisant passer au mari un bien qui serait normalement à la femme, le mandat en faisant administrer un paraphernal par le mari, une vente en remplaçant dans le patrimoine un propre de l'un des époux un bien matériel, par une créance en reprises. Cependant ces actes ne sont pas interdits en vertu de l'article 1395. Quelle différence voit-on entre la vente d'un bien et l'apport de ce bien à une société personne morale ?

Les conventions matrimoniales ne régissent que les biens composant le patrimoine des époux ; les biens unis en société ne font plus partie du patrimoine des

1. Dans le même sens, Guillouard, *Contrat de mariage*, I, n° 229. — Lacoïnte, note S. 88. I. 305.

époux, ils font partie du patrimoine d'une tierce personne, et sont régis non par le contrat de mariage, mais par l'acte de société : les biens provenant du partage des bénéfices ou de l'actif social à la dissolution de la société verront leur sort déterminé par les règles du contrat de mariage, et seront propres ou communs selon le régime adopté.

C'est à cette autre opinion que se rattache M. Planiol (1). « Je ne crois pas, dit-il, que la fondation « d'une société entre époux doive être condamnée « comme dérogeant aux conventions matrimoniales. Il n'y a pas de dérogation au régime conventionnel des biens des époux, car l'actif social n'est ni propre, ni commun, il est la propriété d'une tierce personne : la société. Il se crée un patrimoine distinct des leurs et qui ne peut être soumis à leur régime matrimonial. Ceci exclut jusqu'à la possibilité d'une violation du contrat de mariage : « Les biens sociaux lui « échappent quand les deux époux s'associent, « comme ils lui échapperaient si chacun d'eux de « son côté, se mettait en société avec un tiers. »

L'erreur de la jurisprudence vient, en effet, de ce qu'elle n'a pas tenu compte de l'idée de personnalité civile de la société ; elle n'a pas remarqué que la constitution de la société aboutit à faire reconnaître une tierce personne à qui appartient le patrimoine social. Elle a uniquement analysé l'opération comme un contrat entre les deux époux, rendent indivis entre eux des biens qui devraient être séparés, alors qu'en réalité une tierce personne s'y trouve partie, qui devient propriétaire de ces biens. L'erreur de la

1. *Œuvre critique*, 1883, p. 276.

Cour de cassation est surtout choquante lorsqu'un tiers est entré dans la société formée entre les conjoints. En réalité, la Cour de cassation a subi par elle, sans s'en douter, l'influence de l'ancien droit, qui interdisait tout contrat entre époux. Par tradition historique, elle a maintenu l'interdiction de la société et faute de trouver un principe rationnel pour la justifier, puisque l'introduction des donations n'existe plus, elle a voulu le rattacher à l'article 1395.

L'article 1395 n'aurait dû être invoqué que pour interdire en fait certaines sociétés qui auraient pu être contractées pour modifier indirectement les conventions matrimoniales. Il n'aurait alors servi qu'à limiter dans l'intérêt des époux, comme dans celui des tiers, l'exercice du droit des époux de disposer de leurs biens et de contrats (1).

Pour que l'article 1395 eût été respecté, il aurait suffi, ainsi que le remarque M. Thaller (2), que la société ne comprît pas une portion trop considérable (question d'apprécier en fait) des biens qui, à la teneur du régime adopté, devaient demeurer séparés et que chaque époux puisse faire cesser cette société à tout moment, quand même il y aurait, d'après le contrat, un terme convenu pour sa durée. Sans doute cette solution aboutit à dire que la validité de la société dépend d'une appréciation des circonstances. Mais, en somme, la plupart des problèmes soulevés par l'immutabilité n'ont-ils pas ce caractère; comme la plupart des questions soumises aux tribu-

1. Cf. Pic, *Rev. trim. de droit civil*, 1907, p. 489. — Labbé, note sous Cassation, 6 fév. 1888. S. 88. 1. 49. — Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. II, p. 78.

2. V. 547.

naux quand il s'agit de faire l'application d'un principe à des hypothèses concrètes. La jurisprudence ne serait-elle pas arrivée à trouver dans les faits, les éléments lui permettant de déterminer si la société était une véritable société, ou un moyen indirect de modifier les conventions matrimoniales ? Cette solution, en tout cas, aurait été préférable que la solution de la jurisprudence qui, sous une apparence rigide et précise, aboutit à des complications beaucoup plus grandes.

La Cour de cassation, en effet, a parfaitement senti l'impossibilité de fournir jusqu'au bout les conséquences de sa doctrine, et qu'elle y apporte une restriction qui en détruit la valeur. Elle admet en effet, que si, en droit, il ne peut y avoir société entre époux, il peut, au contraire, exister entre eux une société de fait qui, si ses opérations sont commerciales, peut être déclarée en faillite sur la demande des intéressés ; cette faillite de la société de fait entraîne la faillite personnelle du mari et la faillite des biens associés ; elle peut même entraîner la faillite de la femme, si celle-ci exerce un commerce séparé.

La théorie jurisprudentielle a été fort bien analysée par M. Hémar (1). De la nullité absolue, la jurisprudence a tiré les conséquences suivantes : 1° tout intéressé peut invoquer la nullité de la société entre époux ; 2° cette nullité ne peut se couvrir par prescription ou ratification ; 3° cette société ne devrait produire aucun effet. Mais intervient l'idée de la société de fait ! La société a valablement fonctionné,

1. *Théorie et pratique des nullités de sociétés et sociétés de fait*, n° 66 et 190.

le passé reste acquis, la nullité n'atteint que l'avenir. Le maintien de la société de fait doit entraîner le maintien de tous les actes sociaux et nécessiter une liquidation entre les associés. Ainsi, pour la phase d'exploitation écoulée, la société de fait va produire ses effets entre les époux (Cass., 5 mai 1902; D. 1913. 1. 209).

On voit les conséquences fâcheuses de cette solution. La femme ne pouvant se prévaloir de la nullité à l'encontre des créanciers sociaux va, si la société a périclité, compromettre son apport et supporter sa part dans les pertes subies par l'exploitation. La théorie de la jurisprudence est donc loin d'être heureuse puisqu'elle aboutit au même résultat que si la société était bonne et valable, à cette seule réserve, que toute personne pourra, à un moment quelconque en demander la liquidation, solution d'autant plus grave que la jurisprudence l'étend non seulement aux sociétés entre époux, mais même entre les époux et un tiers.

Cette manière de procéder enlève aux arrêts leur justification. Il eut été bien plus simple et plus logique de reconnaître franchement la validité des sociétés entre époux, sauf à faire tomber celles contractées frauduleusement pour tourner l'article 1395.

C'est donc à tort que l'on s'en prend à ce texte ne présentant l'interdiction des sociétés entre époux comme une conséquence fâcheuse d'un principe critiquable. Ce qui est critiquable, c'est d'avoir voulu justifier, à l'aide de ce principe, une solution que ni les textes, ni les nécessités de la pratique n'imposaient, et que la jurisprudence a sûrement conservé par tradition historique.

B. — *Rente viagère réversible et assurance
sur la vie au profit du survivant*

Le principe que les époux ne peuvent se créer de propres, contrairement aux termes de la loi, soulève des difficultés en cas de stipulation de rente viagère ou d'assurance sur la vie, contractée au profit de l'un des conjoints.

La difficulté tient à ce qu'il pourra y avoir contradiction sur ce point entre la volonté des époux et les principes du Code ; nous verrons comme la jurisprudence a tenté de la concilier plus ou moins heureusement.

Il arrive souvent que dans un ménage l'âge ou la mort de l'un des conjoints, notamment du mari, modifier sensiblement la situation pécuniaire des époux ou du survivant, en faisant disparaître une partie des ressources dont ils tiraient leurs moyens d'existence.

La rente viagère et l'assurance sont des moyens invoqués pour remédier à ce danger. Par l'aliénation d'un bien propre ou commun à rente viagère, les époux se constitueront pour leurs vieux jours, un revenu plus élevé qui compensera la diminution des revenus de leurs travaux, ou bien la constitution d'une rente ou la combinaison d'une assurance vie au profit du survivant sera un moyen de pallier à la diminution des revenus résultant de la mort de son conjoint.

L'idée qui inspire les époux dans ces différentes

combinaison est évidemment une idée de prévoyance, et pour voir les choses simplement, abstraction faite de toute subtilité juridique, ce que veulent les époux, c'est d'assurer pour leurs vieux jours et au profit de celui d'entre eux qui survivra de quoi vivre; c'est dans leur pensée une opération qui doit faire acquérir au survivant un avantage définitif et gratuit. Or, nous allons voir que, par suite des principes de la communauté, il en est tout autrement.

La communauté, en effet, comprend tous les droits personnels, mobiliers et toutes les créances que les époux ou l'un d'eux acquerront pendant le mariage, ou qui leur adviendront à un titre quelconque. Il en résulte nécessairement que les rentes viagères acquises des deniers communs, ou même des deniers propres de l'un des époux tombent en communauté, qu'elles aient été constituées sur la tête des deux époux, ou sur la tête de l'un d'eux seulement.

Dès lors, la rente, à la dissolution de la communauté, se trouve parmi les valeurs communes, et doit être partagée, et les arrérages appartiendront par moitié aux héritiers de l'autre époux (1). Il en devra être de même, et pour les mêmes raisons du cas de l'assurance. Cette solution est constante pour la rente viagère; elle est parfaitement logique; décidée autrement ce serait évidemment donner une entorse au principe de l'immutabilité, car on ne peut créer de propres contrairement aux termes de la loi. Mais nous allons voir que la jurisprudence en donne une autre en matière d'assurance sur la vie. Il importe

1. Aubry et Rau, t. VIII, § 507, p. 15 et note 9. — Planiol, III, 1321. — Cass., 22 fév. 9. 3. S. 94. 1. 65. — Guillouard, t. I, p. 375.

de se rendre compte des raisons de cette divergence. Nous avons indiqué quel désir inspirait les époux qui constituent une rente viagère ou qui contractent une assurance au profit du survivant. Il est évident que la solution indiquée est manifestement contraire à l'intention des époux. En créant une rente au profit du dernier mourant ils ont évidemment entendu assurer à celui-ci, et au profit exclusif de celui-ci, un avantage particulier, lui assurer des moyens d'existence nouveaux destinés à compenser ceux qui ont pu disparaître par le prédécès de l'autre conjoint. Obliger le survivant à partager les arrérages de la rente avec les héritiers du prédécédé est certainement contraire à l'intention des époux, qui avaient entendu faire bénéficier de la rente uniquement le survivant. Cette intention libérale est d'autant plus probable entre époux que la loi elle-même, dans l'article 1653, la présume dans l'hypothèse où la rente est constituée au profit d'un tiers. *A fortiori* doit-il en être de même entre époux que l'on doit supposer désintéressés, et l'on devrait présumer que l'époux prédécédé a voulu donner au survivant sa part dans la rente ou dans les valeurs communes qui ont servi à la constituer. Cependant la loi n'a pas voulu tenir compte de cette « présomption d'intention libérale » et, pour faire échec aux conséquences logiques du régime de communauté, elle exige avec certains auteurs la preuve positive, fort difficile à faire de cette intention (1).

Pour éviter cette solution qui mettait à néant toutes les prévisions, les époux ont donc cherché une

1. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois. t. I, p. 279.

autre combinaison permettant d'assurer, conformément à leur intention, le bénéfice exclusif de l'opération à celui d'entre eux qui aurait à souffrir dans ses intérêts pécuniaires de la dissolution de la communauté ; et la pratique imagina de stipuler au profit du survivant la clause de réversibilité de la rente. Plus tard, quand l'assurance sur la vie se fut développée, et fut entrée dans les mœurs, le mécanisme de cette opération apparut aux époux comme un excellent moyen pour atteindre le résultat qu'ils visaient : il leur a paru possible de stipuler que le versement du capital assuré serait fait au survivant.

Quelle était la valeur de ces combinaisons ? La question s'est d'abord présentée à propos de la cause de réversibilité de la rente sur la tête du survivant.

Les opinions les plus extrêmes ont été émises sur le résultat de cette clause.

Une ancienne opinion soutenue par Troplong (II, 1200 et *Contrats aléatoires*, V^o 254) a prétendu que la rente devait appartenir en totalité à l'époux survivant, sans même qu'il soit dû une récompense à la communauté qui en avait fourni la valeur.

Cette interprétation ne nous paraît pas exacte, et elle est du reste abandonnée. L'interprétation que M. Troplong donne à la volonté des époux, est pour le moins divinatoire ; et, en supposant qu'il soit intervenu entre eux une convention formulée en ce sens, cette convention serait nulle, soit comme constituant une donation mutuelle faite entre conjoints par le même acte, soit comme tendant à modifier les effets naturels et légaux du régime matrimonial adopté par les époux (2).

² Aubry et Rau, t. VIII, § 511 bis, p. 177

Une autre opinion admise par MM. Aubry et Rau dans leurs premières éditions, attribuait la rente tout entière au survivant mais chargé de récompense à la communauté. Mais dans leurs nouvelles éditions, les savants auteurs, après un nouvel examen de la question, ont estimé que « malgré la stipulation de « réversibilité, la rente constitue un conquêt de communauté, dont l'émolument sera le cas échéant « partageable entre le survivant et les héritiers du « prémourant ».

Le motif de cette solution est tiré de notre article 1395. « Il ne saurait en effet dépendre des époux « en dehors des conditions prescrites pour le rem-
« ploï, de créer des propres au profit de l'un d'eux ;
« et il n'y a aucune raison de distinguer entre l'ac-
« quisition d'une rente viagère et celle d'un immeu-
« ble. Toute convention tacite ou expresse qui abou-
« tirait à un pareil résultat, serait nulle comme
« tendant à modifier les effets légaux du régime de
« communauté, soit comme constituant une dona-
« tion mutuelle entre conjoints par le même acte. »

Cette doctrine n'est plus guère défendue et, dans l'opinion la plus accréditée on pense que la rente viagère, acquise avec des deniers communs et stipulée réversible au profit du conjoint survivant, fait partie de la communauté tant que celle-ci dure, mais qu'après la dissolution du mariage par le décès de l'un des époux, la rente appartient en propre au survivant (2) qu'il accepte la communauté ou même qu'il y renonce. Lorsque la même question s'est présentée

1. T. VIII, § 507, p. 15, n. 9.

2. Civ., 4 déc. 1894. D. 95. 1.353. — Rouen, 10 fév. 1909. D. 1911.2.1.

devant les tribunaux en matière d'assurance sur la vie au profit du survivant, ils ont décidé que le montant de l'assurance appartient en propre au suivant, bien que pourtant son droit de créance remonte au jour même où le contrat a été conclu (1).

Il y a une contradiction entre ces deux solutions. Comment se fait-il que le droit de l'époux survivant à la rente réversible fasse pendant le mariage partie de la communauté et lui soit ensuite exclusivement attribué, comme s'il était propre, alors que le droit de l'époux survivant sur le capital assuré est conquis dès l'origine ? A quel titre, du reste, l'époux recueille-t-il la totalité de la rente réversible ? A titre de conquis ou à titre de propre, car la rente semble avoir successivement ces deux caractères, la jurisprudence ne le dit pas. Il y a donc entre ces deux groupes de solutions une contradiction ; la seule solution logique celle imposée par les textes, aurait été de dire que la créance à la rente viagère, comme celle du capital assuré étant un droit mobilier, tombait en communauté. Mais nous avons dit que cette solution manifestement contraire à l'intention des époux ne pouvait être admise et c'est précisément en essayant de l'éviter que la jurisprudence est arrivée à se contredire parce qu'elle a dans une série d'hypothèses accepté une considération dont elle n'a pas tenu compte dans l'autre.

La contradiction dans la jurisprudence s'explique par la formation chronologique des deux groupes de solutions relatifs l'une à la rente réversible, l'autre

1. Civ. 22 fév. 1883. D. 93.1. 401, noté Planiol ; S. 94. 165, note Labbé. — Paris. 10 mars 1896. D. 96. 2. 465.

à l'assurance au profit du survivant. Il s'est, en effet, produit entre la formation des solutions relatives à ces deux hypothèses un mouvement doctrinal destiné à concilier les principes du Code et la volonté des époux. Il a sa source dans les notes de Labbé (1). Elles ont paru alors que la jurisprudence sur la rente viagère réversible était déjà fixée, et au moment où la question se posait devant les tribunaux pour l'assurance vie. L'influence de cette doctrine est donc restée limitée à cette seule question, la jurisprudence y étant restée refractaire pour la première, et la Cour de cassation ayant, comme il arrive souvent, maintenu sa première jurisprudence.

Examinons donc rapidement la clause de réversibilité et l'interprétation qu'on en a donnée pour expliquer son attribution exclusive au survivant. Le raisonnement serait le même pour l'assurance d'un capital au profit de celui-ci (2). Dans l'un et l'autre cas la réservisibilité de la rente et l'attribution du capital au survivant ne peuvent s'expliquer en droit que par une libéralité du prédécédé au survivant. Il paraît impossible de distinguer entre la réversibilité et l'attribution du capital assuré pour limiter à cette dernière hypothèse analogue qui fait apparaître dans l'opération qu'elle a pour objet, une libéralité du prédécédé au survivant (3).

La clause que nous étudions ne peut valoir que comme une donation réciproque par chaque époux à l'autre de sa part dans la rente pour le cas de

1. Labbé, S. 65.2.74.2.310.

2. Aubry et Rau, 5^e édit., § 507, p. 31, note 31, séries .

3. Cf. cependant Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, I, n° 280.

survie. A cette interprétation le survivant recueille la rente entière à deux titres distincts : pour la moitié, comme commune en biens ; pour l'autre moitié, comme donataire de son conjoint. De même, dans l'assurance sur la vie contractée par l'un des époux, celui-ci peut stipuler que le capital promis sera fourni à son conjoint survivant et lui appartiendra en totalité. Cette clause est valable comme contenant une stipulation pour autrui faite conformément à l'article 1121.

Cette explication ingénieuse qui atteint pleinement le but que se proposent les époux, à l'aide d'une donation sous-entendue, est acceptée par la jurisprudence en matière d'assurance vie ; mais, pour la raison que nous avons dite, ne l'est pas dans le cas d'assurance réversible.

A cette interprétation on a voulu faire toutefois une objection tirée de l'article 1097 du Code civil interdisant entre époux les donations mutuelles par un seul et même acte (1).

La validité de la clause de la réversibilité exige donc qu'on écarte l'article 1097. On a tenté de le faire de différentes façons.

Dans une hypothèse voisine de la nôtre, celle de l'attribution au survivant d'une assurance vie (2) la Cour de Douai a ramené l'attribution au survivant du bénéfice de l'assurance, « à une libéralité affectée d'une alternative dans la détermination du donataire », de telle sorte que le droit éventuel du pré-

1. Aubry et Rau, 4^e édition, *loc. cit.*

2. La Cour de Douai, 31 déc. 1876. S. 77.2.33. — Note Lyon-Caen et sur pouvoir Cass. civ. req., 28 mai 1877. S. 77.1.393. — Note Labbé.

mourant au bénéfice de l'assurance, se trouve résolu par son prédécès, et que le droit du survivant doit être réglé comme si dès l'origine il y avait eu une libéralité unique, à laquelle ne saurait dès lors s'appliquer l'article 1097. Mais on a très simplement répondu à cette explication [E. Bartin] (1) : « que « l'article 1097 vise aussi les donations entre époux « affectées d'une modalité comme l'alternative ou la « condition, que les donations pures et simples, que « par conséquent, alors même que l'analyse de la « Cour de Douai serait exacte, et qu'on pourrait en « droit assimiler l'alternative dans la détermination « du bénéficiaire d'un contrat, à l'alternative dans la « détermination de l'objet dû, cette augmentation « ne suffirait pas à écarter l'objection de l'art. 1097. »

La seule façon d'écarter l'article 1097 c'est de faire remarquer qu'il ne constitue qu'une disposition de pure forme à laquelle échappe la donation indirecte du genre de celle qui nous occupe. En effet, l'article 1097 se trouve écarté en matière de constitution de rente viagère par l'article 1973 qui décide que : même quand elle a le caractère d'une libéralité, la constitution d'une rente viagère est dispensée des formes de la donation quand elle est l'accessoire d'une convention à titre onéreux. Par application du même principe formulé dans l'article 1973, la clause d'attribution exclusive de l'assurance au survivant, valable comme stipulation pour autrui, faite à titre de donation (article 1121) se trouve également dispensée des formes des donations (2).

1. E. Bartin, dans Aubry et Rau, t. VIII, § 507, p. 31, n° 31 *quater*.

2. Cass., 28 mars 1877. D. 77.1.241. — Note de Labbé. — Cass., 2 mars 1881. D. 31.1.401. — Note de Labbé.

Mais, pour écarter l'article 1097, il faut raisonner sur une donation dispensée de forme, donation qui ne peut être ici que la donation indirecte résultant des conditions dans lesquelles la rente viagère et le droit au capital assuré sont nés, dans les rapports des époux d'une part, de l'assureur au débit rentier de l'autre, c'est-à-dire de l'acte même de constitution de rente ou de la police d'assurance, qui doivent contenir expressément la clause de réversibilité ou d'attribution exclusive au survivant. Pareille stipulation dans un acte séparé, ne pourrait pas produire d'effet, à moins toutefois qu'elle ne soit contenue dans un avenant à la police primitive et contenant une nouvelle détermination du tiers bénéficiaire, car il est de règle que l'avenant fait corps avec la police elle-même (1). Le raisonnement indiqué par M. Labbé a été admis par la jurisprudence pour l'assurance vie, mais elle n'en tient pas compte pour la rente viagère réversible. De là une contradiction entre les deux séries de solutions dans la jurisprudence.

Mais, pour discordantes que soient les solutions jurisprudentielles dans les deux hypothèses, elles aboutissent toutefois au même résultat pratique, elles laissent à l'époux survivant, à titre de propre, ce qui est en contradiction avec l'article 1401 : 1° le capital assuré et, à un titre indéterminé, la rente réversible.

L'attribution exclusive de la rente ou du capital à l'époux survivant semble donc donner satisfaction aux époux. Mais, en réalité, il n'en est rien, car la jurisprudence impose dans les deux cas une récom-

1. Aubry et Rau, t. VIII, § 507, p. 35, n° 31.

pense à la charge de l'époux bénéficiaire. Elle s'appuie nécessairement sur l'article 1417 du Code civil. La rente a été constituée par l'aliénation d'un conquêt ou d'une valeur faisant partie de la communauté; le capital a été assuré par le versement de primes tirées de la communauté; l'époux survivant réalise donc un bénéfice personnel, par suite de l'appauvrissement de la communauté, et de ce chef il lui doit une récompense. Le montant de cette récompense est calculé dans un cas (1) d'après la valeur de la rente à la dissolution de la communauté; valeur à la moitié de laquelle les héritiers de l'autre époux ont droit (2); et dans l'autre, sur le montant des primes versées pour constituer et alimenter l'assurance (3).

Mais l'obligation à récompense est manifestement en contradiction avec l'attribution exclusive de la rente ou du capital à l'époux survivant. Nous avons vu, en effet, que la clause de réversibilité — et l'analyse est la même pour l'assurance vie — ne peut être valable que si on l'analyse en une donation, que l'argumentation de Labbé a permis de valider. Or, le fait de la récompense est inconciliable avec l'idée de donation. En outre, cette solution est en contradiction flagrante avec la volonté des époux. Quelle utilité pour le survivant, l'attribution exclu-

1. Planiol, III^e, n° 1.322. — Colin et Capitant, t. III, p. 71, 201.

2. Cass., 29 avril 1851. D. 52.1.25. — Cass., 20 mai, 1873².
D. 74.1.72. — Civ., 4 décembre 1894. D. 95.1.353. — Rouen,
10 février 1909. D. 1911.2.11. Solut. impl.

3. Riom, 8 juillet 1890. S. 91.2.185. — Paris, 8 mars 1911.
D. 1912.2.321. — Besançon, 10 mars 1911. D. 1912.2.321.

sive de la rente, s'il doit acheter à beaux deniers la valeur de la part de la rente à laquelle il n'avait pas droit à titre de commun en biens ? Il pourrait avec la même somme obtenir le même avantage, en faisant un nouveau contrat avec une compagnie d'assurance. N'est-ce pas diminuer, et peut-être réduire à néant l'avantage de l'assurance que de le forcer à rembourser tout ou partie des primes qui ont servi à la constituer ?

Nous avons mis en lumière les raisons qui poussent les époux à recourir à ces procédés de prévoyance ; elles suffisaient à prouver qu'ils n'ont jamais entendu faire payer au survivant le bénéfice qu'il a retiré.

Il y a donc une double contradiction de la jurisprudence : contradiction d'abord, entre la solution qu'elle adopte pour la rente réversible, et celle qu'elle consacre pour l'assurance vie ; contradiction ensuite, entre le motif sur lequel elle s'appuie : au moins implicitement, pour attribuer un droit exclusif au survivant, et l'obligation qu'elle lui impose de verser à la communauté ou aux héritiers du prémourant une récompense.

L'idée de donation dans laquelle s'analyse la clause de réversibilité ou d'assurance au profit du survivant est incompatible avec l'obligation de récompense. La clause ne peut valoir que comme donation faite au survivant par le prédécédé. Cette explication devrait conduire non seulement à valider la clause de réversibilité, mais à libérer le survivant de toute obligation à récompense de ce chef vis-à-vis de la communauté.

« Il faut qu'il y ait libéralité, pour que la clause

de réversibilité produise son effet, et il n'y a réellement libéralité que si la réversibilité de la rente se produit sans récompense » (1).

A *fortiori*, devrait-il en être de même pour l'assurance vie au profit du survivant, puisque dans ce cas la jurisprudence admet le raisonnement de Labbé. Du reste, l'analyse est la même dans les deux, l'attribution du capital au survivant ne peut, comme la clause de réversibilité, s'expliquer en droit que par une libéralité du prédécédé au survivant. Il paraît impossible de distinguer entre la réversibilité à la rente et l'attribution du capital pour limiter cette dernière hypothèse, l'analyse qui fait apparaître dans l'opération qu'elle a pour objet une libéralité du prédécédé au survivant (2).

La jurisprudence a si bien senti la contradiction entre l'idée de donation dans l'assurance et l'obligation à récompense, qu'elle tend à admettre dispense de celle-ci, quand les primes ont été payées avec les revenus de la communauté, et qu'elles ne constituent pas une dispense exagérée, quand elles restent en quelque sorte dans les dépenses normales du ménage. « Si, eu égard à leur modicité et à leur périodicité, les primes peuvent être considérées non comme un capital détourné par le mari de son patrimoine, mais comme un prélèvement sur les revenus ordinaires et courants dont le mari a la libre disposition » (3). Cette solution est du reste en

1. Aubry et Rau, t. VIII, § 507, p. 15. — Cf. Planiol, III^e, n° 1.323.

2. E. Bartin, dans Aubry et Rau, t. VII, p. 31, n. 31, séries; cependant Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, n° 280.

3. Amiens, 18 mai 1297. S. 1901.2.12. — Paris, 8 mars 1911. S. 1912.2.36.

quelque sorte imposée par l'idée même de donation réciproque incluse dans l'assurance au profit du survivant. En effet, ainsi que le remarque préjudicieusement M. Wahl (1), si la validité de l'attribution à l'époux survivant du capital assuré s'explique par une donation faite à un époux par l'autre, et si, d'autre part, cette donation a pour objet, comme le pense aujourd'hui la Cour de cassation (29 juin 1896, S. 1996.1.361), les primes elles-mêmes, cette donation comporte logiquement avec soi la dispense de toute obligation de récompense de ce chef. Cette dispense se confond avec la donation elle-même. Et il est aussi difficile, étant donné l'objet de la donation, de comprendre le maintien de cette obligation dans l'hypothèse d'une constitution de rente viagère avec réversibilité au profit du survivant (2).

Ce n'est donc que timidement que la jurisprudence est restée dans la voie de la dispense à récompense à la charge de l'époux bénéficiaire. Il ne reste dès lors aux époux qu'une ressource, c'est de stipuler expressément dans le contrat de rente ou d'assurance, que l'époux bénéficiaire sera dispensé de toute récompense en faveur de la communauté. M. Planiol pense que rien n'empêche d'assortir la clause de réversibilité d'une dispense de ce genre, au moins dans l'acte de constitution de la rente et M. Bartin le pense également (3).

En matière d'assurance vie, rien n'empêche spé-

1. *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1902, p. 71.

2. E. Bartin. *in* Aubry et Rau. E. VIII, § 507, p. 17, n. 9, séries.

3. Planiol, III, n° 1328 et note sous Civ. Req., 24 janvier 1894. D. 94.1.837. — Aubry et Rau, t. VIII. G. 507, p. 16 n. 9 *ter*.

cialement le mari de stipuler que la femme au profit de laquelle il contracte l'assurance ne devra pas rembourser à la communauté les primes faites par elle. Il s'agit là de ces libéralités que le mari est autorisé à faire par l'article 1422 et ces libéralités il peut les adresser aussi bien à la femme qu'à un tiers (1).

Nous aboutissons donc à cette conclusion que les époux agissant conjointement peuvent expressément, tout au moins, attribuer exclusivement à l'un d'eux, à titre de propre, le bénéfice d'une rente ou d'une assurance constituée pendant le mariage avec les deniers communs. N'est-ce pas en contradiction avec l'article 1395 ?

Il semble bien, en effet, qu'il y ait là une convention postérieure au mariage et modifiant la composition de la communauté en superposant aux règles spéciales qui la régissent les règles de droit commun des articles 1121, 1073, 1097. En disant, par exemple, que la réversibilité de la rente viagère est valable comme s'analysant en une donation réciproque dispensée des formes ordinaires de la donation, nous aboutissons, en effet, à faire sortir de la communauté un bien qui y rentre également ; en un mot, à modifier la composition de la communauté. Cependant ce raisonnement nous paraît admissible, parce que c'est dans les textes mêmes qui régissent la communauté que nous allons chercher le principe. Si la combinaison choisie par les époux pour répondre à leurs soins de prévoyance aboutit à modifier la composition de la communauté, c'est que la communauté porte en soi, dans les textes spéciaux qui la régissent,

1. Colin et Capitant, III, t. p. 202.

le principe même des changements que la volonté des époux lui fait subir. Ce sont les règles mêmes de la communauté qui permettent de modifier sa composition. En effet, toute l'argumentation fondée sur les articles 1121, 1973 et 1097 repose sur la combinaison des articles 1422 et 1401. La première, en permettant à chaque époux de disposer à titre gratuit des meubles de la communauté, et l'autre en permettant au donateur de soustraire à la communauté le meuble qu'il donne à l'un des époux, visant aussi bien les donations que l'un des époux voudrait faire à l'autre que celles qu'il ferait à un tiers ou qu'un tiers lui ferait à lui-même. Le principe des modifications apportées dans notre hypothèse à la communauté se trouve donc dans les règles mêmes édictées pour celle-ci par le Code, et ceci permet d'écarter toute idée de violation du principe de l'immutabilité (1).

Pour écarter l'objection tirée de ce principe on a également invoqué un autre argument : certaines décisions judiciaires ont décidé que le droit pour le bénéficiaire de l'assurance ne prend pas naissance pendant le mariage, mais seulement à une époque où il n'y a plus de communauté, c'est-à-dire au décès du stipulant (2). Ce raisonnement, développé par M. Thaller, dans une note au Dalloz (3), a « le mérite » de ne pas déformer les principes fondamentaux du « régime de communauté et d'atteindre le but que « l'on s'est proposé dans le contrat d'assurance sur

1. Baudry et Rau, t. VIII, S. 507, 32 n. 31, séries.

2. Cass. 2 juillet 1884. S. 85.1.5. — Civ. Req., 29 juin 1896. S. 96.1.371.

3. 88.2.1.

« la vie entre époux communs » (Le Courtois et Surville 1.283).

Toutefois, si ce raisonnement est exact pour l'assurance, il ne nous paraît pas applicable à la constitution de rente viagère réversible. Or, les deux combinaisons sont par essence analogues, il est donc préférable d'en chercher une justification commune.

Le raisonnement fondé sur la combinaison des articles 1401, 1422, combinés avec les articles 1121, 1973 et 1094, semblait généralement admis quand il a été récemment contesté par une analyse de M. Bartin dans la cinquième édition d'Aubry et Rau. Pour lui, « quels que soient les artifices de raisonnement que l'on emploie... l'opposition reste « irréductible entre l'esprit du régime de communauté et la pratique de l'assurance vie contractée « au cours de la communauté au profit du survivant » (Aubry et Rau, *loc. cit.*). Cependant il admet la validité de cette opération, « à condition de voir dans « la jurisprudence qui la sanctionne aujourd'hui « le signe d'une transformation nouvelle de la notion « même de la communauté »; l'un des traits de cette réformation est « l'idée qu'un intérêt commun » « peut survivre pour un certain temps, à la dissolution de la communauté par le décès. Cet intérêt commun, c'est l'intérêt personnel de l'époux survivant, du jour de la dissolution de la communauté, par le décès jusqu'à son décès à lui-même » (1).

Il y a là une vue profonde de l'évolution du régime de communauté dans le droit moderne, évolution qui se traduira sans doute dans un avenir plus ou

1. T. Bartin sur Aubry et Rau, t. VIII, § 506, n° 5 *ter*, p. 6.

moins rapproché dans un texte législatif. En effet, le projet de loi sur les assurances, élaboré en 1904 par la commission extra-parlementaire nommée par le ministre du Commerce et dont le rapporteur était M. Lyon-Caen, dispose dans son article 64, que le bénéfice de l'assurance contractée par un époux commun en biens, au profit de son conjoint, constitue un propre au profit de ce dernier; aucune récompense n'est due à la communauté à raison des primes payées par elle à moins que ces primes ne soient manifestement exagérées eu égard aux facultés de l'assuré. Mais, en attendant que cette solution acquière force de loi, la mission de la doctrine n'est-elle pas de trouver dans les textes parfois vieillis un raisonnement qui offrira à la jurisprudence le moyen de concilier le principe du Code et les besoins de la vie moderne, de trouver dans la combinaison des principes et des textes existants un procédé pour donner satisfaction à la volonté des parties, du moment qu'elle n'est pas en contradiction avec des principes essentiels.

C. — *Renonciations aux donations*

Nous avons déjà indiqué que, d'une façon générale et sous réserve de certaines conséquences de l'irrévocabilité, on peut considérer les donations faites par contrat de mariage comme des conventions matrimoniales. Elles sont par conséquent soumises au principe de l'immutabilité. Nous devons maintenant étudier les conséquences de ce principe suivant que la donation émane d'un tiers ou de l'un des époux.

Donations faites par un tiers. — On peut tout de suite poser comme principe que doit être nulle toute renonciation de la part des époux ou de l'un d'eux, au bénéfice des dispositions faites en mariage par des tiers qui sont intervenus au contrat de mariage, et toute convention qui aurait pour effet de restreindre les effets légaux de pareilles dispositions.

En dehors même de toute considération juridique, il est facile de justifier cette solution, en remarquant le rapport étroit qui existe entre ces conventions et l'union conjugale elle-même. La donation faite par un tiers dans le contrat de mariage est évidemment inspirée par l'idée de faciliter le mariage, de rendre moins lourdes pour les époux les charges qui en résultent. L'adoption d'un régime déterminé, l'aménagement des clauses du contrat réglant les rapports pécuniaires des époux, ont pu se trouver influencés par la considération de la donation. Les tiers qui traiteront ultérieurement avec les époux sont eux-mêmes intéressés à la réalisation de la libéralité promise par le contrat de mariage puisqu'elle est de nature à augmenter leur gage. La renonciation à la donation est donc indirectement en opposition à l'immutabilité, puisqu'elle entraîne une modification directe ou indirecte des relations pécuniaires que les époux ont établies entre eux.

Il n'y a donc point lieu de s'arrêter à une opinion ancienne qui prétendait autoriser la renonciation aux donations faites par des tiers, notamment à la dot promise à la femme, dans les régimes, tout au moins dans lesquels le mari a le droit de disposer de la dot constituée par une somme d'argent comme

d'une chose qui lui appartient (1), avec cette réserve toutefois que la femme pourrait, malgré la renonciation du mari, exiger de lui la restitution de la dot.

Il est facile de répondre que cette théorie repose sur une confusion. Il ne s'agit pas de savoir quels sont les pouvoirs du mari sur un régime déterminé, et si le contrat lui confère le droit de disposer des objets qui font partie de la dot ; il s'agit de savoir si l'usage qu'il fait de ses pouvoirs n'est pas de nature à modifier les conventions matrimoniales. Or, il est bien évident que le Code, en accordant au mari sous le régime de communauté le pouvoir de faire certains actes de disposition qui sont interdits à la femme seule, n'a pas voulu soustraire le mari au principe de l'immutabilité.

Les solutions de la jurisprudence nous offrent plusieurs applications de l'idée générale que nous avons indiquée. Elles se rapportent à des hypothèses où les époux auraient soit directement, soit indirectement compromis leurs droits sur tout ou partie de la dot promise par un tiers.

L'atteinte la plus directe au principe consisterait à la renonciation par l'époux à la dot qui a été promise par un tiers (Limoges, 13 juillet 1878. S. 78. 2. 269), pas plus qu'il ne pourrait y renoncer indirectement, en se reconnaissant débiteur vis-à-vis du constituant, d'une somme équivalente au montant de celle-ci (Rennes, 1^{er} mars 1889. D. 51. 2. 238).

Il y a dans cet abandon complet du capital de la dot une atteinte évidente à l'immutabilité ; mais, pour

1. Troplong, 1.222. — Duranton, t. XIX, n° 64. — Delvincourt, t. III, p. 332.

être moins grave au point de vue pécuniaire, celle qui consisterait à dispenser le constituant de payer les intérêts de la dot à dater du jour du mariage, n'en tombe pas moins sous la prohibition de l'article 1395.

Sans renoncer au capital de la dot, ni en diminuer la valeur, les époux ne peuvent pas davantage retarder l'époque à laquelle il a été convenu qu'elle leur serait payée. C'est ainsi que la Cour de cassation a annulé la convention par laquelle les époux se seraient engagés, quoique contre promesse d'intérêts, à n'exiger qu'au décès du constituant une dot stipulée payable immédiatement (Civ. Cass., 4 déc. 1867. D. 67. 1. 455). Cette solution cependant a fait difficulté en jurisprudence. Pour soutenir que le mari pourrait proroger l'échéance du paiement de la dot on a invoqué deux arguments : le premier consiste à dire que le créancier a toujours le droit d'accorder un terme à son débiteur ; d'autre part, si le constituant promet de payer des intérêts pendant le nouveau délai qui lui est concédé, la situation des époux n'est pas compromise puisque le chiffre de leur créance n'est pas diminué et qu'ils touchent du constituant les revenus qu'ils auraient pu se procurer en plaçant le capital qu'ils auraient reçu (Bordeaux, 14 février 1865. S. 68. 1. 1531).

Cette argumentation n'est pas irréfutable. Certes, un créancier a toujours le droit de concéder un délai, il a même celui de renoncer à sa créance. Cependant l'article 1395 interdit au mari de renoncer au capital de la dot ; il lui interdit de même d'accorder un délai pour son paiement. En vain objecterait-on qu'il peut, en fait négliger de la réclamer ; négliger de faire valoir

un droit, n'équivaut pas y renoncer définitivement.

Enfin, c'est vainement qu'on tente d'assimiler la prorogation du terme à un placement. Il y a entre ces deux situations une différence capitale : si le mari peut disposer de la dot, c'est qu'il en est comptable et que la femme trouve, pour ses reprises, une garantie présumée suffisante dans son hypothèque légale. Ici, le mari n'est pas responsable, n'ayant rien reçu. La dot est restée de par l'article 1440 aux risques et sous la garantie du constituant. La concession à celui-ci d'une prorogation d'échéance modifie la situation de la femme, puisqu'au lieu d'une créance exigible elle ne possède plus qu'une créance à terme, jusqu'à l'arrivée duquel le débiteur a le temps de devenir insolvable. Aussi la Cour de cassation (4 décembre 1867. S. 68. 1. 153), a-t-elle cassé la décision de la Cour de Bordeaux qui avait admis que les époux peuvent accorder un délai au constituant de la dot.

Mais la question se présente différemment lorsque la concession d'un terme pour le paiement de la dot est accompagnée de la remise d'un titre constatant la dette du constituant en même temps que la clause à ordre qui y est insérée permet aux époux de la transmettre par voie d'endossement. Dans ce cas, la jurisprudence semble admettre qu'il n'y a pas là une atteinte à l'immutabilité, et que la transmissibilité par endossement peut même être considérée comme une facilité plus grande donnée aux époux, pour obtenir leur paiement. La question s'était présentée dans les termes suivants devant le tribunal de Limoges (6 juillet 1901. D. 1903. 2. 261) :

Les parents de la future lui avaient solidairement

constitué en dot une certaine somme payable le 1^{er} février 1895. Cette dot n'ayant pas été payée à l'échéance, ils remirent à leur gendre un billet à ordre, signé par eux solidairement, et par lequel ils s'engageaient à payer cinq ans plus tard. Le mari, en vertu du contrat de mariage qui le régissait, avait capacité pour recevoir cette dot. Il mit le billet en circulation, et au jour de l'échéance le porteur non payé pratiqua une saisie-arrêt sur une somme due, à la mère constituante de la dot. La débitrice soutint que la procédure suivie par le porteur devait être annulée, le billet sur lequel elle était basée étant lui-même frappé de nullité, comme constituant un changement au contrat de mariage interdit par l'article 1395.

La prétention ne fut pas admise, la Cour ayant considéré que le billet que les parents avaient remis à leur gendre « était la simple constatation d'un fait », « mais n'apportait aucune dérogation au principe de l'immutabilité du contrat de mariage ». En effet, pour qu'il en eût été ainsi, il aurait fallu que ce billet importât novation. Or, il est constant que la remise d'effets de commerce en paiement d'une dette antérieure n'importe pas novation. Dans l'espèce, ce billet ayant été souscrit au nom du mari, on ne pouvait soutenir qu'il y eût novation par changement de créancier ; car s'il se trouvait entre les mains d'un tiers au jour de l'échéance, c'était par le simple jeu de la clause à ordre et de l'endossement.

L'eût-on même admis, que le fait que la femme n'était pas intervenue pour décharger ses parents excluait toute idée de novation.

Il n'y avait donc point lieu de considérer que la

remise d'un billet à ordre pour constater le non-paiement de la dot fût une dérogation à l'immutabilité. Bien au contraire cette faculté de transmission par voie d'endossement est un avantage nouveau pour le bénéficiaire de la dot.

Bien entendu, si la jurisprudence est favorable à toute combinaison qui peut faciliter le paiement de la dot, elle doit se montrer hostile à toute convention qui le compromet, notamment à la renonciation aux suretés garantissant le paiement de la dot.

En effet, une hypothèque ayant été constituée dans le contrat de mariage pour garantir le paiement de la dot, les époux en avaient ultérieurement donné mainlevée. Leur mainlevée a été déclarée non valable, comme modifiant une convention matrimoniale. Cette constitution d'hypothèque apparaît, en effet, en premier lieu comme une convention matrimoniale proprement dite ; le fait d'en donner mainlevée est une opération modifiant après coup le contrat de mariage, puisqu'en agissant ainsi les époux diminuent les droits qui en résultent pour eux. C'est une opération du même genre que celle qui consisterait, de leur part, à renoncer aux intérêts d'une dot, ou à accorder au constituant le bénéfice d'un terme dont il ne jouissait pas primitivement. En renonçant à cette hypothèque, les époux compromettent leur droit, puisqu'ils s'exposent à supporter les conséquences de l'insolvabilité du constituant. Ils compromettent en même temps les droits des tiers qui traiteront avec eux pendant le mariage et qui pourraient compter sur le paiement de cette dot garantie hypothécairement.

Cette mainlevée tombe donc sous le coup de

l'article 1395 et elle doit être déclarée nulle. C'est en ce sens que s'est récemment prononcé le tribunal de Versailles (19 mars 1913). Il était appelé à se prononcer sur la responsabilité que pouvait encourir le notaire qui avait rédigé l'acte de mainlevée de l'hypothèque garantissant le paiement de la dot et du conservateur, qui avait, sur le vu de cet acte, procédé à la radiation. Le tribunal décida que la responsabilité du notaire et du conservateur des hypothèques était engagée parce qu'ils auraient dû se souvenir de l'article 1395, et ne pas rédiger l'acte de main levée et opérer la radiation (D. 1914. 2. 13, note Lalou). Cette décision a été confirmée en appel (Paris, 23 juillet 1914, *Gaz. des Trib.*, 16 oct. 1914). Cette solution paraît exacte comme le dit en effet l'arrêt : « La suppression de la garantie diminue les chances que peut avoir l'époux doté de toucher le montant de ce qui lui a été promis », donc la dot est changée.

L'arrêt fait remarquer que la renonciation d'hypothèque était gratuite en l'espèce ; il semble insinuer que si elle avait eu lieu à titre onéreux elle aurait été valable. On peut, en effet, supposer que l'hypothèque ait été remplacée par une autre sûreté, par exemple, par un cautionnement ; l'époux dans ce cas n'y perd rien et il semble que ce changement puisse être valable. On peut supposer aussi que l'époux renonce à la garantie, moyennant la promesse d'une augmentation de donation, il serait juste d'annuler cette nouvelle convention. La renonciation à l'hypothèque est nulle, comme compromettant le paiement de la dot ; ce n'est pas la promesse d'un supplément plus ou moins incertain qui

pourra la remplacer (Albert Wahl, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1914, p. 6421) (1).

Enfin, il y aurait également atteinte au principe de l'immutabilité, si les époux renonçaient à une dispense de rapport, dont bénéficiait la libéralité reçue par eux. Une donation immobilière avait été faite à la femme par contrat de mariage par un de ses ascendants, qui l'avait dispensée du rapport en nature ; ultérieurement, cet ascendant procéda à un partage où figure la fille dotée par lui, et dans lequel celle-ci reconnaît n'avoir reçu cette libéralité qu'à titre d'avancement d'hoirie. La Cour de cassation n'a pas admis la validité de cette convention : « Attendu que les père et mère avaient dispensé leurs « deux enfants du rapport en nature des immeubles « donnés, le rapport en nature étant remplacé par « celui d'une somme d'argent pour chacun des donataires, que, par l'effet de ces contrats, les donataires « étaient devenus propriétaires incommutables des « immeubles et avaient acquis comme avantage « précipitaire imputable dès lors sur la quotité disponible, la différence qui pouvait exister à l'ouverture de la succession entre la valeur réelle des « immeubles donnés et la somme rapportable fixée « pour chaque donation, que les donataires n'avaient « pas pu légalement, par un acte ultérieur, modifier « les donations dotales, en leur enlevant le caractère « précipitaire pour les transformer en avancement « d'hoirie (2).

1. D. 1914. 2. 13, note Lalou. — Paris, 13 juillet 1914. — *Gaz. des Trib.*, 6 oct. 1914.

2. Req., 29 mai 1866. D. b. 1. 327 ; 28 mars 1886. D. 86. 1. 396.

Donations faites par l'un des époux

Les principes que nous venons d'indiquer s'appliquent également à notre hypothèse, ces donations se confondent intimement avec les conventions matrimoniales, dont elles portaient, d'ailleurs, le nom dans l'ancien droit. Doit donc être considérée comme nulle, la renonciation faite par l'un des époux à des droits ou avantages que son conjoint lui avait assurés par le contrat de mariage, et, en particulier, celle par laquelle la femme renoncerait à un gain de survie stipulé en sa faveur (1). C'est ainsi que la Cour de cassation (2) a admis, qu'une femme, après avoir consenti à la diminution d'un gain de survie que son mari lui avait assuré par contrat de mariage, pouvait néanmoins, au mépris de cette réduction, se prévaloir de son hypothèque légale, pour s'en prévaloir pour le tout, même à l'encontre des tiers acquéreurs.

La nullité des renonciations aux gains de survie entre époux, est tellement bien établie en jurisprudence que, devant la Cour suprême, on semble ne plus oser la contester (3).

La question est présentée sous une forme un peu compliquée dans une espèce sur laquelle la Cour de cassation a eu à se prononcer (le 22 janvier 1894. Cass., 23 janvier 1894). Une belle-mère, avait sous-

1. Aubry et Rau, t. VII, § 103 *bis*, p. 511.

2. Req., 27 déc. 1854. D. 55. 1. 52.

3. Le Courtois et Surville, t. I, p. 115.

crit au profit de son gendre une garantie pour le cas où la nullité de la renonciation consentie par sa fille à un gain de survie, stipulé un contrat de mariage, serait invoquée. La Cour annula cette garantie, la nullité des engagements pris par le gendre ayant pour conséquence la nullité de ceux que sa belle-mère prenait avec lui.

Il importe peu du reste, au point de vue de l'application de l'article 1195, que la libéralité porte sur des biens présents ou à venir. Toutefois, dans ce dernier cas, la renonciation serait nulle non seulement comme dérogatoire aux conventions matrimoniales, mais aussi comme constituant un pacte sur succession future.

La renonciation devrait, du reste, être annulée, non seulement si elle était contenue dans un acte unilatéral, ou passé entre les époux seuls, mais même dans le cas où, consignée dans un acte de donation faite par l'un des conjoints en faveur d'un tiers, fut-ce même d'un enfant commun, elle aurait été consentie, non pas comme devant constituer, de la part du renonçant, une libéralité distincte de la donation principale, mais uniquement dans le but de faciliter à son conjoint la libre disposition de ses biens (1). Un époux, par exemple, ayant donné à l'autre, l'usufruit de certains immeubles, le donataire renonce à cette libéralité, dans le seul but de permettre à son conjoint de disposer de ses biens, sur toute propriété en faveur d'un donataire. Cette convention est frappée de nullité comme mettant à néant la clause du contrat de mariage contenant la

1. Aubry et Rau, t. VII, § 103 *bis*, p. 511.

libéralité : « Attendu, dit la Cour de Toulouse, que
« la renonciation pure et simple au gain de survie
« modifierait le pacte matrimonial, qu'il ne s'agit
« pas de savoir si une femme peut, avec le consen-
« tement de son mari, transmettre à un autre, l'avan-
« tage du gain de survie, puisque, dans l'espèce, le
« mari profiterait seul de la renonciation de sa
« femme, et en recevrait le prix. »

La renonciation dont il s'agit ici, se trouve annu-
lée, bien qu'ayant un caractère purement abdica-
tif (1).

Ceci nous amène à une distinction fondamentale
entre deux sortes de renonciation. La renonciation
translative se distingue profondément de l'abdica-
tion. Cette dernière anéantit le droit, et, par suite,
détruit une clause du contrat de mariage. L'autre
n'est qu'un acte de disposition ; et disposer de son
droit n'est pas à proprement parler y renoncer ;
c'est donner à un autre le pouvoir de l'exercer en
son nom « attendu », porte un arrêt de la Cour de
cassation, « que la renonciation faite en faveur du
« fils né du mariage, pourrait être regardée plutôt
« comme une exécution, que comme une dérogation
« au contrat de mariage » (2).

Cette distinction entre les deux sortes de renon-
ciation trouve son application à propos des droits
d'usufruit constitués par un des époux en faveur de
l'autre. Elle entraîne des conséquences qui peuvent
toutes, sous ce rapport, se ramener à une idée fort

1. Toulouse, 7 mai 1829. S. 30.2.240. Civ. Req., 11 et 12 janvier
1853.3.S.3. p. 65 et 71.

2. Cass., 18 avril 1812. S. 13.1.137.

simple, et qui se justifie par son énoncé même. « L'époux auquel son conjoint a, par contrat de « mariage, assuré l'usufruit de certains immeubles, « renonce-t-il avec l'intention de concourir personnellement et dans la mesure de son droit d'usufruit à la donation que l'autre époux entend faire de son immeuble à un tiers et d'en compléter ainsi l'abandon et la transmission ? La renonciation aura tous les caractères d'un acte personnel de disposition ou de libéralité qui, impliquant l'usage ou l'exercice complet, quoique anticipé du droit qui en est l'objet, ne saurait être considéré comme modifiant ou dénaturant la convention d'où dériverait ce droit. Au contraire, la renonciation n'est-elle faite que dans le but de donner à l'autre époux, le pouvoir de disposer en toute propriété des biens donnés à l'usufruit ? Alors, elle ne modifiera pas seulement, mais réduira à néant la clause du contrat de mariage qui avait constitué l'usufruit (1).

C'est ainsi qu'un époux ne peut renoncer à l'usufruit d'immeubles pour permettre à son conjoint de tirer profit de la pleine propriété. Au contraire, l'époux usufruitier d'un immeuble peut renoncer à l'usufruit dont son conjoint aliène la propriété, s'il veut faciliter au tiers cette acquisition ; cette renonciation au seul profit du tiers est translatrice. (2)

On voit que c'est là une pure question de fait que de savoir si la renonciation à l'usufruit a été opérée au profit du tiers ou à celui du conjoint. Dans le

1. Aubry et Rau, 8. t. VIII. S. 503 *bis*, p. 515, n° 24.

2. Cas., 12 janvier 1853. D. 53. 1. 17. — Req. 27 décembre 1854. D. 55. 1. 55. 1. 55. — Agen, 17 déc. 1856, §. 57. 2. 1. — Cass., 1^{er} juillet 1889. D. 90. 1. 123

premier cas, elle est valable ; dans le second, elle est nulle.

C'est ainsi que la Cour de cassation, dans un ancien arrêt, a validé la renonciation consentie par des époux en faveur de leurs enfants aux avantages éventuels et réciproques stipulés dans leur contrat de mariage, en considérant leur renonciation comme une libéralité faite aux enfants (1).

Cette solution est parfaitement juste, car cette convention n'est pas en contradiction avec le principe de l'immutabilité, et le pourvoi n'indiquait à l'appui de sa prétention qu'un moyen tiré de la violation de l'article 1335. Il aurait eu beaucoup plus de chance de réussir s'il avait invoqué la nullité de la renonciation comme constituant un pacte sur succession future.

De même, la Cour de cassation a permis avec raison à des époux qui avaient attribué par contrat de mariage au survivant la communauté d'acquêts, de faire le partage anticipé de cette communauté entre leurs enfants ; la donation était réputée consentie par le survivant en totalité ; il n'y a là aucune violation du principe de l'immutabilité, car le survivant transmet à ses enfants le bénéfice de la donation qui lui est faite éventuellement. De même, les époux qui, par contrat de mariage, ont attribué au survivant l'usufruit de leur société d'acquêts, à faire donation à un enfant commun d'une somme prise sur cette société (2).

1. Cassation, 18 avril 1872. D. J. G. Voir *Contrat de mariage*, n° 332.

2. Cass. 1 juillet 1889. D. 90. I. 123. S. 91. I. 101.

Nous avons ainsi terminé les principales modifications aux conventions matrimoniales interdites par l'article 1395. Il reste à nous demander dans quelle mesure il respecte la liberté d'action des époux, et quelles sont les opérations juridiques qui leur restent permises.

SECTION II

Actes juridiques ne tombant pas sous la prohibition de l'article 1395

On peut résumer dans une formule générale les différents cas qui vont nous occuper, en disant que les époux « restent libres de faire toute espèce « d'arrangement ou de dispositions compatibles avec « la complète exécution des conventions matrimoniales » (1).

Ces arrangements et dispositions comprennent d'abord les conventions interprétatives du contrat de mariage qui font en quelque sorte corps avec lui, la possibilité pour les époux de faire des libéralités ou apporter certaines modalités au paiement de la dot.

§ I. — CONVENTIONS INTERPRÉTATIVES

Il est possible qu'un contrat de mariage contienne une clause obscure et que les époux, par un acte additionnel, en fixent l'interprétation. Pothier admet-

1. Aubry et Rau, 503 *bis*, p. 512.

tait la validité de ces conventions, « à l'égard des « actes qui ne seraient qu'explicatifs de quelques- « unes des conventions portées au contrat de « mariage, et qui ne contiendraient rien de nouveau, « ils ne peuvent pas passer pour contre-lettres, et « rien n'empêche qu'ils soient valables » (1). Le texte de Pothier indique très nettement la condition essentielle pour qu'une convention de ce genre soit valable : il faut qu'elle ne contienne rien de « nouveau » ; en effet dans ce cas elle constituerait une modification aux conventions matrimoniales soit par addition, soit par suppression.

La même opinion est admise par les modernes (2). Toutefois, il faut noter ici une différence entre la convention interprétative d'un contrat de mariage et celle d'un contrat ordinaire. Dans ce dernier cas, l'acte interprétatif aurait la même force que le contrat lui-même, le consentement mutuel des parties suffisant à rompre, à modifier les conventions comme à les former. Le contrat de mariage est un contrat solennel, soumis à des conditions de formes exigées à peine d'inexistence. La convention interprétative d'un contrat de mariage ne pourra donc avoir le même effet qu'une convention matrimoniale ; il ne liera le juge que si l'interprétation admise par les conjoints lui paraît conforme au sens véritable de la clause interprétée (3).

On voit donc que l'interprétation d'un contrat de

1. *Introd. au Traité de la communauté*, n° 13. — Brodeau-sur-Louet. *L. C.*, som. 28, n° 9.

2. Aubry et Rau, t. VIII, § 503 *bis*, texte et note, p. 507. — Laurent, t. XXI, n° 70. — Toullier, t. XIII, n°s 58 et 819.

3. Laurent, *op. cit.*, t. XXI, n°s 70, 91, 92.

mariage par les époux n'est permise que dans les limites de l'immutabilité. Si cette convention interprétative n'avait eu d'autre objet que de fixer d'un commun accord et par forme de transaction le sens des clauses d'un contrat de mariage, elle serait nulle si elle aboutissait à modifier la stipulation de celui-ci (1). Ces conventions interprétatives seront du reste assez rares. Quand une difficulté s'élève sur le sens d'une clause d'un contrat de mariage, c'est ordinairement lors d'un règlement de succession et le différend est porté devant les tribunaux. Ceux-ci, bien entendu, ne perdent pas, du chef de l'immutabilité, le droit d'interpréter la clause discutée du contrat de mariage ; et ils peuvent même lui donner un sens différent de celui qui leur avait été donné jusque-là et suivant lequel on lui avait fait produire effet. Il pourra arriver ainsi que les effets produits jusqu'au jugement par un contrat de mariage se trouveront modifiés par suite du jugement. Pour se guider dans cette interprétation, les juges rechercheront, d'après les circonstances de fait, l'intention véritable des époux et des personnes qui ont été parties au contrat de mariage. Ainsi il a été jugé pour une donation faite par contrat de mariage à l'un des époux, que par interprétation du contrat résultant de l'appréciation des faits, qu'une rente qui n'était point exprimée au contrat comme une charge de donation devait être considérée comme telle, car l'intention des parties était certainement fixée en ce sens (2).

Le principe de l'immutabilité n'est pas non plus

1. Aubry et Rau, t. VII, § 508 *bis*, p. 597.

2. Civ. cass., 13 nov. 1854. D. 55. I. 25.

applicable aux conventions qui, sans modifier le contrat de mariage, ont seulement pour but d'en régler l'exécution (1). La jurisprudence a fait quelques applications intéressantes de cette idée que nous retrouverons en examinant dans nos conventions permises relativement au mode de paiement de la dot.

§ 2. — LIBÉRALITÉS FAITES PAR LES ÉPOUX

Nous devons rechercher dans quelle mesure le droit pour les époux de disposer de leurs biens par libéralité reste intact, malgré le principe de l'immuabilité.

La question peut s'envisager pour les libéralités entre époux, et pour celles faites par un époux à un tiers.

Il importe, pour bien comprendre le système du Code et les solutions que nous rencontrons en cette matière, de rappeler les précédents historiques du système admis par le Code civil.

En droit romain les donations entre époux furent interdites par la coutume à une date indéterminée postérieure à la loi Cincia de Donis et muneribus [de 550 ab. u. c.]. Deux raisons, dit-on l'ont fait établir : on a voulu empêcher les donations inconsidérées, que l'affection réciproque des époux aurait seule motivées, et qui les conduiraient à leur ruine, et surtout on a voulu empêcher que le maintien du mariage et la bonne harmonie entre les époux ne s'ache-

1. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. I, p. 87.

tassent à prix d'argent. Il est intéressant de mettre en évidence le motif, on a craint que la cupidité de l'un des conjoints n'arrache une donation à la faiblesse de l'autre. Nous avons vu que cette crainte de l'influence d'un époux sur l'autre n'a pas été étrangère à l'établissement du principe moderne de l'immutabilité ! Les jurisconsultes romains avaient déjà eu conscience que les époux chercheraient à tourner cette prohibition en recourant à des libéralités par personnes interposées ; et, comme le législateur moderne, ils ont été amenés à prendre des précautions sur ce point. En conséquence, sera nulle toute donation faite par un époux qui profiterait indirectement à son conjoint, par exemple, si elle était faite à une personne placée sous sa puissance (1).

Mais le droit romain n'a pas, comme le Code civil français (art. 1595), étendu aux contrats entre époux la prohibition de donations ; la vente faite de bonne foi était valable entre eux-mêmes si elle était consentie pour un prix inférieur à la valeur de la chose ; il suffit qu'il n'y ait pas intention de donner. Au cas contraire, la donation déguisée sous l'apparence d'une vente était nulle. A cette règle cependant Nératius apportait un tempérament : si l'époux vendeur avait l'intention de se défaire de la chose, et qu'il se soit contenté pour gratifier son conjoint de lui céder cette chose pour un prix inférieur à sa valeur réelle, la vente sera maintenue, mais le vendeur pourra réclamer à l'époux acheteur un supplément de prix.

Quant à la donation déguisée sous l'apparence d'un contrat de société elle était nulle par application

1. Ulp, 23. 3.2. Ag: Vakic, 269, cf. 5. — Roman, M. R. H. 25.622.

de la règle qui frappe de nullité même entre étrangers, les sociétés contractantes « donandi animo ».

Par suite de la nullité atteignant les donations entre époux, le conjoint donateur n'avait qu'un moyen d'assurer au donataire le bénéfice de sa libéralité : c'était de lui léguer les biens qu'il lui avait donnés.

En 206 un Senatus Consulte de Caracalla rendit « inutile » cette « confirmation ». Si le donateur meurt sans avoir révoqué la donation, ses héritiers ne sont plus recevables à l'attaquer. Il faut se garder d'en conclure que désormais les donations entre époux sont valables mais révocables à volonté ; la donation reste nulle, mais la nullité est susceptible de se couvrir. La portée de ce Sénatus Consulte a donné lieu à des divergences.

Malgré cette différence de techniques juridiques le résultat ne différerait guère de celui admis par le Code civil. En effet, en droit romain comme en droit français, si l'époux donateur ne manifeste pas de volonté contraire le bénéfice de donation reste acquis à son conjoint. Cependant le Code civil leur laisse produire des effets actuels et instantanés [Gaston May, 172.389].

Le système romain ainsi amendé reste en vigueur dans les pays de droit écrit (1) ; mais, dans les pays coutumiers, on montre en général plus de vigueur. Il est aussi difficile de préciser à partir de quand. A l'époque Barbar on trouve dans certaines lois déjà une tendance restrictive ainsi que celle de *Linterand* 102, interdit les donations du mari à la femme à qui

1. Pothier, *Traité des donations entre mari et femme*, n° 6, éd' Bugnet, t. VII, p. 450.

doivent suffire les avantages anténuptiaux (dot et morgengas gab). Mais d'autres lois se montrent plus libérales [loi Ripuaire, 48. 49. Loi des Bavarois 9. 14. Loi salique, Ed. Pardessus, 678] Plus tard, à l'époque féodale et coutumière, les donations entre vifs commencèrent à être vues avec défaveur. D'après les Assises de Jérusalem [Cour des Bourgeois, 173], le mari ne peut donner à sa femme qu'à la mort ou par testament, et les établissements dits de Saint-Louis [2. 118] ne permettent à la femme de donner à son mari qu'à son décès. La tendance qui prévalut aboutit à proscrire toute libéralité entre conjoints à l'exception du don mutuel.

Il faut du reste remarquer qu'il existait en cette matière une grande variété parmi les coutumes. Quelques-unes interdisaient les donations, mais permettaient les legs. D'autres permettaient les deux sortes de libéralités; la coutume d'Auvergne permettait au mari de donner à sa femme, mais interdisait à celle-ci de lui donner (XIV, 39 et 46); d'une façon générale, les libéralités, sauf le don mutuel, étaient interdites aussi bien par donation que par testament. « Homme et femme conjoints par mariage », disait l'article 282 de la Coutume de Paris, « ne se peuvent avantager l'un l'autre par donation entre vifs, par testament ou ordonnance de dernière volonté, ni autrement directement ou indirectement en quelque manière que ce soit, sinon par don mutuel. »

La coutume d'Orléans contenait une disposition analogue (art. 230).

Les anciens auteurs sont très « sobres » sur l'origine et les motifs de la prohibition. Laurière s'ex-

plique par cette idée que le mari ne pouvait conférer la saisie à sa femme pendant le mariage (sur le n° 127 *des Institutes* de Loysel). Ferrière en donne une raison toute différente. « C'est le soin et le désir de conserver les biens dans les familles. Autrement les conjoints par mariage qui n'auraient pas d'enfant se donneraient leurs biens l'un à l'autre et feraient passer des successions opulentes dans des familles étrangères » (Sous l'art. 282 de Paris).

Ce souci de conservation des biens dans les familles se combinait avec un autre motif que l'on trouvait dans le droit romain. Les anciens auteurs, reprenant le motif invoqué par Ulpien, s'accordaient à dire que les libéralités entre époux ne pouvaient guère provenir que d'un amour immodéré, ou des importunités passant de l'un des conjoints envers l'autre. (Ferrière, *loc. cit.*)

Cette interdiction, en effet, se comprend assez : les anciennes mœurs mettaient la femme dans une dépendance étroite vis-à-vis de son mari, et l'on pouvait toujours craindre qu'une libéralité consentie par elle ne fût pas parfaitement libre. D'autre part, la prohibition des dons entre époux concordait bien avec toute l'organisation du régime de communauté. Elle se trouvait donc dans une certaine mesure atténuée par la possibilité du don mutuel, réciproque, égal, irrévocable et, pour la femme, elle se trouvait compensée par la participation aux meubles et conquêt de communauté et par le douaire. Il y avait là tout un ensemble d'institutions que la coutume avait combinées en vue de concilier l'idée d'association, le souci de conservation des biens dans la famille, et le désir d'éviter certains abus d'autorité du mari.

Aussi la coutume réglait elle d'autorité les rapports pécuniaires entre époux. Les modifications à cet ordre légal ne pouvaient guère provenir que d'entraînements ou d'abus d'autorité. De là la nullité des donations entre époux, directes ou indirectes, déguisées ou par personnes interposées. Ce souci d'interdire les donations entre époux fut poussé si loin qu'il alla même jusqu'à interdire tout contrat à titre onéreux à époux (1) ; car on redoutait toujours que des libéralités ne se déterminassent sous le couvert de ses actes. Comme tout le système de l'ancien droit formait un ensemble logique grâce au don mutuel, il faisait une certaine part au sentiment naturel d'affection qui pousse les époux à s'avantager l'un l'autre, en même temps que par le douaire il garantissait la femme contre les conséquences pécuniaires de la mort du mari.

La législation révolutionnaire devait adopter un autre point de vue. La loi du 17 nivôse an XI régla les donations entre époux dans des dispositions assez bonnes (art. 13 et 14) qui furent interprétées par la jurisprudence comme permettant les donations entre époux, mais en leur attribuant un caractère irrévocable.

Quant au Code civil il adopte en cette matière, comme dans beaucoup d'autres, une solution transactionnelle. L'ancien principe de conservation des biens dans les familles n'ayant pas été maintenu, ce motif ne pouvait plus être invoqué à l'appui de la prohibition des libéralités entre époux. Mais, d'autre

1. *Nullum contractum étiam recéprocum facere prossent nisi ex necessitate*, disait Dumoulin.

part, le douaire ayant été supprimé, il importait de permettre au mari d'assurer par une libéralité l'avenir de sa femme. Le Code civil a donc été amené à autoriser les libéralités entre époux ; mais, par tradition comme par expérience, il dut tenir compte de la crainte toujours possible d'un abus d'autorité ou d'influence ; il a, par une dérogation formelle au droit commun, décidé que les donations entre époux seraient essentiellement révocables, en même temps qu'il édictait une quotité disponible spéciale entre conjoints.

Le Code civil attache une grande importance à cette faculté de révocation qui constitue à ses yeux une disposition d'ordre public, à laquelle les conjoints ne peuvent renoncer expressément ou indirectement (art. 1097), et que la femme peut exercer sous l'autorisation de son mari (art. 1096, al. 2).

Néanmoins, la possibilité pour les époux de faire entre eux, en principe, des contrats à titre onéreux, leur offre un moyen d'écarter le caractère révocable des libéralités qu'ils peuvent se faire en recourant à une donation déguisée. Le déguisement de la donation, en effet, en paralyse la révocabilité.

Mais la jurisprudence ne pouvait reconnaître la validité de ce moyen vraiment trop simple de tourner la disposition de l'article 1096. Elle décide donc que la donation faite sous forme déterminée est nulle, si ce déguisement étant de nature à compromettre la révocabilité, qui en est le caractère essentiel [Cass. 11 nov. 1884. D. 35.1.18. — Cass. 16 avril 1850. D. 50.1.52. — Montpellier, 24 fév. 1876. D. 79.2.249]. La jurisprudence trouve cette sanction dans l'article 1099, alinéa 2. « Toute donation ou dégui-

« sée ou faite à personne interposée est nulle ». Mais ce texte, en réalité, ne vise point l'hypothèse d'une donation que les époux auraient déguisée pour la rendre irrévocable. Il sert de sanction à l'article 1094 qui règle la quotité disponible entre époux. On a justement reproché à cette jurisprudence de créer un cas de nullité sans texte (1). Si cette remarque est fondée, il nous paraît au contraire tout à fait exagéré d'ajouter que la donation « per obliquam » étant permise entre étrangers, il n'y a pas de raison de la regarder comme illicite entre époux. Le régime des donations entre époux est soumis, en effet, à des règles particulières, notamment au principe de la révocabilité qui est d'ordre public et auquel on ne peut se soustraire par un artifice de forme.

Point n'est besoin de chercher dans un texte spécial l'expression de la nullité de la donation déguisée entre époux, du moins quand le déguisement a pour but de déroger à l'irrévocabilité. La nullité résulte de l'adage « frans omnia corrumpit », et c'est à bon droit que les magistrats ont considéré que le déguisement de la donation était de nature à compromettre la faculté de révocation appartenant à l'époux donateur, et que, par suite, la donation devait être annulée, comme faite en fraude de la loi.

Pour justifier la nullité, la jurisprudence aurait du reste pu se dispenser de recourir à l'article 1099, elle aurait pu en trouver le principe dans l'article 1395 du Code civil : il lui aurait suffi de déclarer que les donations entre époux sont nulles, quand elles cons-

1. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité des donat. entre vifs et des test.*, 2^e édit. II.4.115.

tituent des modifications prohibées aux conventions matrimoniales. Or, l'on peut considérer l'article 1096 comme une atténuation légale au principe de l'article 1395. Ce dernier texte n'a pas pour conséquence d'enlever aux époux tout « exercice » de leur activité juridique.

Mais cette faculté de dispositions est soumise, quand il s'agit d'une libéralité à des conditions particulières que les époux ne sauraient éluder. Lorsque les époux, au lieu d'employer les formes de la donation, s'avantagent indirectement au moyen d'un contrat ou d'un acte quelconque, le donateur peut se croire privé du droit de révocation par la forme synallagmatique d'un contrat, qu'en général une des parties ne peut révoquer par sa seule volonté. En outre, un avantage indirect ou déguisé peut être le résultat d'une surprise contre l'un des époux, notamment contre la femme qui, sans comprendre la portée de l'acte passé, donnerait sans avoir l'intention de donner. Au contraire, aucun doute ne peut planer sur l'intention de l'époux, quand il fait un acte ostensible de donation, qui procure à l'autre un avantage direct. C'est pourquoi, au lieu de voir une contradiction entre les articles 1395 et 1096, il faut voir dans le principe de l'immutabilité posé par le premier, une règle destinée à assurer la prescription du second, en faisant respecter le caractère essentiellement révocable des donations entre époux. L'article 1096 permet à l'un des époux d'avantager l'autre, mais cet avantage doit être révocable; or, le caractère de révocabilité disparaît quand la donation est indirecte ou déguisée; c'est alors que l'article 1395, qui avait été écarté en cas de donation directe, reprend toute

sa force et fait annuler les avantages individuels ou déguisés, en tant qu'ils constituent des modifications prohibitives aux conventions matrimoniales.

Quelques exemples montreront la conciliation du libre droit de disposition des époux, avec la défense qui leur est faite de modifier les conséquences de leur régime.

Aussi rien n'empêche que la femme, créancière d'une récompense vis-à-vis de son mari, ne lui fasse remise du montant de celle-ci, alors que les époux ne pourraient convenir que l'un d'eux bénéficierait à la dissolution de la communauté des récompenses qui pourraient être dues à l'autre. De même, sans porter atteinte au principe de l'immutabilité, une femme séparée de biens, dont la contribution aux charges du ménage n'a pas été réglée par le contrat de mariage, pourrait faire à son mari les donations qu'elle juge à propos pour l'aider à y subvenir, tandis qu'elle ne pourrait pas au cours du mariage s'obliger vis-à-vis de lui, dans une intention de libéralité, à consacrer aux dépenses du ménage plus d'un tiers de ses revenus (art. 1537).

L'article 1395 laisse aux époux, sous réserve des règles posées par l'article 1096, la faculté de disposer de leurs biens, l'un au profit de l'autre ; il faut en dire de même des libéralités qu'ils voudraient faire à un tiers. L'époux qui a reçu une libéralité n'abdique ni ne compromet son droit quand il le transfère à autrui. Ce n'est pas, en effet, renoncer à une donation ni modifier une convention que de céder à un tiers le droit que l'on tient de cet acte juridique. Il y a là non pas renonciation au droit, mais, comme le dit la Cour de cassation (1^{er} juillet 1889. D. 90.

1.12) : « un acte personnel de libéralité, qui n'est « que l'exercice même du droit qui en est l'objet. » Un époux peut donc céder à un tiers par donation ou sous forme de renonciation translatrice les droits ou avantages que l'autre époux lui avait concédés (1).

De même, les époux peuvent disposer pendant le mariage au profit d'un tiers des biens qui leur appartiennent alors même qu'ils les tiendraient d'une libéralité faite dans leur contrat de mariage. En agissant ainsi, l'époux ne fait qu'user de son droit de propriété.

Mais la question se présente sous une forme un peu plus délicate, lorsque le tiers avec qui l'époux donataire fait cette opération translatrice de droit, est précisément le donateur dont il tient le bien qui fait l'objet de l'opération. Le conjoint gratifié peut-il, sans violation de l'article 1395, faire remise au donateur des biens dont celui-ci l'a gratifié ? On peut répondre en principe, que l'époux ayant le droit de disposer au profit d'un tiers, rien ne s'oppose à ce que ce tiers bénéficiaire soit l'auteur même de la libéralité. On appliquera respectivement à cet époux et à ce tiers, qui sont l'un vis-à-vis de l'autre dans la situation réciproque de donateur et de donataire, la règle de la réduction et du rapport s'il y a lieu, les deux donations étant considérées comme des actes indépendants et valables.

Mais il en serait autrement si, entre ces deux opérations on pouvait discerner un rapport qui modifierait les caractères de la première donation intervenue dans le contrat de mariage.

1. Aubry et Rau, t. VII, § 503 *bis*, p. 513.

La question s'est présentée dans les termes suivants :

Dans le contrat, l'un des époux avait déclaré apporter un bien déterminé, libre et franc de toute dette. Ce bien, il le tenait d'une donation à lui faite antérieurement au contrat de mariage par un tiers, moyennant une certaine charge. L'indication de celui-ci n'avait pas figuré dans le contrat de mariage. Après la célébration du mariage, les deux époux consentirent, en apparence à titre onéreux, certains avantages à ce tiers. La Cour de cassation a annulé cet acte de disposition (1), qui constituant en réalité l'exécution de la charge non indiquée au contrat de mariage, avait naturellement pour conséquence de modifier les conventions matrimoniales en diminuant le montant de l'apport effectué par l'époux gratifié.

Dans toutes les hypothèses de retransfert du bien donné ou de renonciation translatrice au profit du donateur, il y aura donc une question de fait à examiner. Il faudra rechercher si la seconde donation, faite par le premier donataire au premier donateur, ne porte pas atteinte à l'article 1395 ; s'il était prouvé qu'en réalité il n'y a pas eu véritablement libéralité, mais que l'époux et le tiers ont scrupuleusement convenu de défaire en tout ou en partie ce qui avait été fait dans le contrat de mariage, il faudrait décider que cette convention est nulle.

C'est surtout par acte de dernière volonté que les époux disposeront de leurs biens, et l'on doit se

1. Cass., 23 juin 1887, S. 90. 1. 291.

demander comment leur droit de tester se combine avec le principe de l'immutabilité.

Nous avons vu que les époux ne peuvent pas renoncer aux donations contenues dans le contrat de mariage, car ces donations font partie des conditions du mariage. Il en est autrement quand cette renonciation est contenue dans le testament de l'époux donataire, parce que le testament ne produit son effet qu'après la dissolution du mariage, et que les époux ne sont liés par le contrat que pendant la durée du mariage (1). Il faut toutefois apporter à cette formule exacte, mais trop générale, une restriction ainsi que nous le montrerons. Il faut que la libéralité de l'époux ne porte point atteinte aux droits acquis par les tiers; notamment par les héritiers réservataires (2). Le principe est certain que les époux restent libres de disposer par testament au profit l'un de l'autre ou au profit d'un tiers des donations.

Par contrat de mariage, une femme devait donner à son mari une rente viagère; par testament elle lui lègue le quart de l'usufruit des biens qu'elle laisserait à sa mort, en révoquant par le même acte tous autres testaments, donations ou libéralités antérieurs. Ce testament peut être interprété en ce sens, que la femme ne pouvait annuler le bénéfice de la rente viagère et du legs d'usufruit, et par suite la clause révocatrice peut s'entendre en ce sens, que le mari ne peut conserver le legs d'usufruit qu'en renonçant à la donation. Telle fut l'interprétation donnée par les juges du fond. Elle ne viole en rien

1. Planiol, III^e, 816.

2. Aubry et Rau, VII, § 503 bis, n^o 28. — Guillouard, I. 244. — *Revue critique de législation*, 1893, p. 78.

l'immutabilité des conventions matrimoniales, ni l'irrévocabilité des donations faites par contrat de mariage, puisqu'elle laissait au mari survivant une option entre deux libéralités (1).

Mais, bien entendu, la disposition testamentaire de l'un des époux ne pourrait substituer des règles nouvelles à celles établies par le contrat pour la fixation des droits du survivant ou des héritiers du prémourant; il ne pourrait, par exemple, priver l'autre époux ou ses héritiers des avantages résultant à leur profit des stipulations du contrat de mariage (2). Il n'y a qu'à appliquer ici le droit commun, qui défend de disposer de ce qui appartient à autrui. Le tribunal de Besançon a eu récemment à faire application de cette idée dans l'espèce suivante (3):

Dans un codicille, la femme avait déclaré parmi les dettes dont ses légataires en seraient tenus, une somme de quatre mille francs qu'elle reconnaissait devoir à son mari pour une somme à lui propre employée au profit personnel de la testatrice. Le mari déclarait être créancier de cette somme, à raison d'un prêt fait à sa future antérieurement au mariage. La dette étant sans contestation antérieure au mariage et les époux étant mariés sous le régime de la communauté légale, se trouvait éteinte par confusion. Les héritiers de la défunte, se fondant sur l'article 1395, prétendaient que leur auteur n'avait pu la faire revivre par testament.

Le tribunal répondit que la volonté de la testatrice devait être respectée attendu qu'elle ne violait aucune

1. Civ. Rej., 9 déc. 1394. S. 98. 1. 515.

2. Aubry et Rau, t. VIII, § 503 *bis*, 575. — Laurent, t. XXI, n° 67.

3. 6 janvier 1906. D. 1907. 2. 847.

règle d'ordre public, malgré l'extinction de la dette par confusion. « Attendu que l'article 1395, en effet, « ne s'applique pas à une disposition testamentaire « qui ne porte aucune atteinte à des droits acquis ; « que le testament ne doit produire effet qu'à la mort « de la testatrice, qu'à une époque où le mariage est « dissous ; sur les règles d'ordre public de l'immutabilité des conventions matrimoniales doit être « entendu en ce sens, que la seule restriction apportée par l'article 1395, au droit de tester de la dame « Guilloz et que cette dernière ne pouvait priver son « mari, les tiers ou ceux ayant acquis du droit par « son contrat de mariage, des droits que lui conférait ce contrat. » Mais, dans l'espèce, les héritiers de la femme, n'étant pas héritiers réservataires n'avaient aucun droit de ce genre, de sorte que la testatrice restait libre de disposer à la dissolution de la communauté, d'un droit acquis par elle en faisant à son mari un legs dont la cause n'avait rien d'illicite.

Cette solution nous paraît parfaitement fondée. Si en effet, il est interdit aux époux de déroger aux conventions matrimoniales par acte entre vifs ou de dernière volonté, cette règle doit être combinée avec le droit qui appartient aux époux de disposer de leur fortune. La jurisprudence a eu plusieurs fois l'occasion de l'affirmer ; par exemple, si le contrat de mariage établissant la communauté d'acquêts, contient, au profit du survivant, une clause d'attribution exclusive au profit du survivant, cette clause ne saurait empêcher les époux de faire, au profit de leurs enfants, une donation-partage (1).

1. Requêtes, 31 juillet 1867. D. P. 68, I. 209.

Le même principe doit être appliqué en face d'une clause fréquente dans les contrats de mariage de commerçants. On sait qu'ils contiennent souvent une clause dite « commerciale » par laquelle il est convenu qu'en cas de prédécès de l'un des époux, l'autre pourra continuer l'exploitation du fonds de commerce. Cela n'empêche point le mari de pouvoir, au cours du mariage, disposer du fonds (1).

Dans notre espèce, la somme de quatre mille francs léguée par la testatrice, correspondait dans sa pensée à une dette équivalente, dont elle était tenue envers son mari. Sa libéralité avait donc une cause parfaitement licite, et le jugement remarqua exactement que la libéralité était valable, attendu « que le testament qui la contenait ne devait produire effet qu'après la dissolution de la communauté ». Elle est valable, d'autre part, parce qu'elle « ne porte aucune atteinte aux droits des héritiers » ; ceux-ci n'étant pas des héritiers réservataires n'avaient aucun droit acquis à l'extinction par confusion dans la caisse de la communauté d'une dette de l'un des époux envers l'autre, antérieure au mariage, et dont l'époux donateur pouvait, par conséquent, librement disposer au profit de l'époux survivant, son créancier.

Mais on peut se demander si le testateur est libre au moyen d'une disposition testamentaire, d'étendre au profit du survivant l'effet d'une libéralité par lui faite à ce dernier dans le contrat de mariage. Peut-il, notamment par une clause du testament, supprimer en faveur du survivant telle clause res-

1. Req., 24 mars 1903. D. 1905. 1. 33, note Planiol.

trictive d'une libéralité réciproque contenue dans le contrat de mariage. C'est, en ces termes que s'est présentée la question devant la Cour de Rouen, en 1891 (1). L'espèce était la suivante : deux époux s'étaient fait donation mutuelle de tous leurs biens au profit du survivant, en stipulant qu'en cas d'existence d'enfant la donation serait nulle si le survivant se remariait.

Sa femme qui était prédécédée renouvela dans son testament, la donation faite antérieurement à son mari, en supprimant la clause d'annulation pour le cas de convol.

La Cour a déclaré que cette disposition testamentaire portait atteinte au principe de l'immutabilité : Attendu, peut-on dire, « que la clause d'annulation avait été insérée dans l'intérêt exclusif des « enfants à naître, et que ceux-ci avaient par conséquent, un droit acquis, dont ils ne pouvaient « être privés ».

Nous croyons un tel raisonnement inadmissible, disent MM. Colin et Capitant (III, 33). L'institution contractuelle par un des époux à l'autre n'est pas faite au profit des enfants à naître du mariage (art. 1093) : elle ne crée donc directement aucun droit au profit de ces derniers, qui dès lors n'ont pas qualité pour se prévaloir de clauses de ladite institution. De même, M. Bartin (2), remarquant que la libéralité sur biens à venir, faite par le prémourant dans le contrat de mariage, au profit du survivant, sous la condition qu'il ne se remarierait pas, ne pouvait,

1. 15 déc. 1891. S. 93. 2. 217 note Tissier.

2. Aubry et Rau, t. VII. § 503 *bis*, n° 28 *bis*, p. 516.

en cas de convol, profiter aux enfants nés du mariage, qu'en leur qualité d'héritiers du prémourant. Dès lors, en supprimant la condition de non convol, en privant ainsi de ces biens, les enfants nés du mariage, contrairement aux prévisions du contrat de mariage, on ne disposait pas des biens qui appartenaient aux enfants en leur nom propre et personnel.

Il semble dès lors qu'il ne resterait plus à conclure avec MM. Colin et Capitant et conformément à une jurisprudence plus ancienne (1).

« Plus généralement, chaque époux, s'il ne peut
« par son testament porter atteinte aux droits que le
« contrat de mariage assure à son conjoint par con-
« trat de mariage, de même, qu'il peut lui en adres-
« ser une nouvelle. Il est également libre de renon-
« cer par testament à une libéralité qui résulterait
« dudit contrat. Il doit donc pouvoir renoncer aux
« restrictions qu'il avait cru devoir apporter à l'effet
« de la libéralité antérieure ».

Mais cette solution qui réfute bien l'argument tiré des prétendus droits acquis par les enfants à naître du mariage, ne se prononce pas sur la valeur de l'attribution de la donation à une convention matrimoniale, et sur la mesure dans laquelle elle doit participer à l'immutabilité. Or, en se plaçant sur ce terrain, M. Bartin arrive, tout en repoussant les raisons de la Cour, à approuver sa solution. Il le fait en raisonnant sur les caractères de la donation matrimoniale, caractères qui la distinguent de la convention matrimoniale proprement dite, ainsi que nous l'avons précédemment indiqué. En assimilant

1. Paris, 3 juin 1848. *D. J. B. V. Cont. de mar.*, p. 327.

comme telle la donation matrimoniale à une convention matrimoniale immuable et soustraite à toute modification même par testament du prémourant, la Cour va beaucoup trop loin. En effet, le testament peut, dans une certaine mesure, modifier les effets de la convention matrimoniale ; ce qui est vrai, c'est qu'il ne peut modifier les effets de la libéralité matrimoniale.

Nous voici donc amené à une différence importante entre la convention matrimoniale proprement dite, susceptible d'être modifiée par voie de disposition testamentaire, tandis que la libéralité matrimoniale ne peut l'être (1).

La Cour de Rouen n'a pas fait cette distinction. Sa solution n'en est pas moins exacte, non pas parce que la donation matrimoniale est une convention de mariage soumise au principe de l'immutabilité, mais parce que la libéralité faite par contrat de mariage « s'oppose, sur ce point, aux conventions « matrimoniales, dont l'immutabilité ne va pas jusqu'à interdire la modification par testament, ni la « libéralité matrimoniale, ni les clauses du contrat de « mariage qui en déterminent ou en limitent les effets « ne peuvent être modifiés par testament, parce que « l'exceptionnelle faveur à raison de laquelle la loi « l'a perdue, en écartant la triple nullité qui résulterait soit de l'infraction aux articles 791 et 906 « (pour la libéralité de l'article 1086, ou pour celle « de l'article 1084) soit de l'infraction à l'article 194 « (pour celle de l'article 1086) que cette sorte de nullité suppose nécessairement, a pour effet, selon

1. Aubry et Rau, t. VII, § 503 *bis*, p. 502.

« nous, d'imprimer à cette libéralité, telle qu'elle
« résulte du contrat de mariage, un caractère rigou-
« reusement définitif et irrévocable, du côté du dis-
« posant, caractère qui répond au but familial qui
« est le trait essentiel de cette libéralité. »

Nous trouvons donc une divergence d'opinions sur le point de savoir si un époux peut, par contrat de mariage élargir la libéralité faite à son conjoint par contrat de mariage. MM. Colin et Capitant se prononcent formellement dans le sens de l'affirmation ; la solution contraire est enseignée par Aubry et Rau (§ 503 *bis* p. 514). Il semble bien, que si la Cour suprême était appelée à se prononcer, elle déciderait dans le sens de la première opinion. Nous avons analysé précédemment l'hypothèse sur laquelle avait eu à se prononcer la Cour de Besançon le 6 janvier 1906. Une hypothèse analogue avait été soumise à la Cour de Montpellier qui, par arrêt du 7 avril 1850, avait admis une solution analogue. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt (1), mais en motivant son arrêt de telle sorte qu'elle évitait de se prononcer sur la question de savoir si les conventions matrimoniales peuvent être modifiées par testament. Toutefois, ce qui tendrait à faire admettre la solution affirmative, c'est un arrêt (du 24 janvier 1894. S. 94.1.288) qui admet que la femme peut par testament, dispenser son mari de payer à la communauté une récompense déjà acquise. Or, cette dispense de récompense aurait pu être considérée comme un modificateur aux conventions matrimoniales. Il faudrait, pour aboutir à

1. Cass., 22 mars 1852. S. 52. 1. 262.

une autre solution, adopter la distinction proposée entre la convention matrimoniale et la libéralité matrimoniale, distinction qui ne semble pas encore être entrée dans la pratique.

§ 3. — MODIFICATIONS AUX CONDITIONS DE PAIEMENT DE LA DOT

Nous arrivons à une dernière catégorie d'opérations qui ne sont pas interdites par l'article 1395.

Nous avons vu que les personnes qui ont constitué une dot ou fait une donation par contrat de mariage sont liées pour l'exécution de ces conventions, et que les époux ne pourraient valablement faire avec eux une convention qui compromettrait ou diminuerait leurs droits : renonciation à la donation ou à la sûreté la garantissant ; concession d'un terme.

Il en est tout autrement, dans l'hypothèse où la convention consentie par les époux a pour but d'assurer plus complètement, ou de garantir plus efficacement la réalisation de leur droit.

La jurisprudence considère donc comme ne tombant pas sous la protection de l'article 1395 les conventions qui ont pour effet d'augmenter les droits que les époux tiennent de leur contrat de mariage ou qui se bornent à modifier ce mode d'exécution. Ces conventions, en effet, n'étant susceptibles de préjudicier ni aux droits des époux, ni à ceux des tiers qui traiteront avec eux pendant le cours du mariage, le principe de l'immutabilité se trouve ici hors de cause.

La jurisprudence fait application de cette idée, notamment dans l'hypothèse où un des époux stipule après coup des garanties particulières, une constitution d'hypothèque ou un gage par eux pour garantir le paiement d'une dot constituée à son conjoint (1). De même, les droits des époux ne sont nullement compromis, pas plus que ceux des tiers, avec qui ils pourraient traiter, quand ils stipulent avec le constituant de la dot que celle-ci sera désormais productive d'intérêts (2). De même, les époux pourraient convenir avec le débiteur de la dot que celui-ci renonce au bénéfice du terme stipulé en sa faveur; il n'y a là que l'application des règles du droit commun, qui permet toujours au débiteur de renoncer au bénéfice du terme. Peut-être cependant y aurait-il lieu dans le droit commun de discuter la question, pour le cas où le terme serait stipulé dans l'intérêt des deux parties, c'est-à-dire du débiteur de la dot comme de l'époux lui-même.

De même, on ne saurait voir un changement aux conventions matrimoniales dans le fait qu'une dot stipulée payable après la célébration du mariage le serait avant (3), réserve faite toutefois des droits des tiers, si ce paiement anticipé avait été fait en fraude de leurs droits.

On admet également qu'une convention qui porterait non sur le capital ou les intérêts de la dot pro-

1. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, n° 109. — Dalloz, *J. G. V° Contrat de mariage*, 351.

2. Bordeaux, 29 mai 1851. D. 2.111 ; 30 mai 1859. D. 59.2.188. — Guillouard, 1. 240. — Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XXI, n° 74.

3. Req. *Ref.*, 22 août 1865. S. 66.1.437.

mise payable en argent, mais uniquement sur le mode de paiement, est valable (1). Il en est ainsi notamment d'une dation en paiement, par laquelle le constituant, d'accord avec les époux, substituerait une autre valeur à celle qu'il a promise, par exemple, donnerait une créance ou un immeuble à la place des deniers qu'il doit verser. Toutefois cette opération ne semble licite que si elle n'est point désavantageuse pour les époux (2) ; les arrêts, en effet tiennent souvent compte, pour valider l'opération, de cette circonstance de fait que les revenus ou le capital de l'époux ne se soit pas trouvé diminué.

C'est souvent à propos de modifications apportées au paiement de la dot que la jurisprudence a eu à déterminer le domaine d'application de l'article 1395. Il arrive parfois, en effet, qu'après cette convention modificatrice intervenue, l'une des parties la trouvant désavantageuse à prétendu la faire annuler, comme contraire à l'immutabilité. D'une façon générale, la jurisprudence déclare que les modifications apportées au mode de paiement de la dot ne sauraient constituer comme telle, en aucun cas, des modifications aux conventions matrimoniales. Elle a eu assez fréquemment à faire application de cette idée : des donations-partages faites par des parents postérieurement au mariage de l'enfant qu'ils avaient doté, et dans lesquelles le constituant attribuait à celui-ci et avec son consentement un bien, un immeuble, par exemple, pour lui tenir lieu de paiement de la dot (3). C'est cette solution qu'a con-

1. Aubry et Rau, t. VII, § 583 *bis*, p. 514.

2. Civil, 28 janvier 1879. D. 79.1.83.

3. Cass., 8 décembre 1874. S. 75.1.209.

crée la Cour de cassation le 14 novembre 1898. S. 1900. I. 15.

Les époux J. avaient constitué par contrat de mariage à leur fille, la dame R. D., une rente annuelle de quatre mille francs avec cette condition que cette rente ne subirait aucune réduction si le père mourait avant sa femme. Après la mort du constituant, celle-ci, par acte entre vifs, partagea ses immeubles propres et la part lui revenant dans ceux de la communauté entre ses deux enfants... qui, par le même acte, se partagèrent les biens dépendant de la succession de leur père. En dehors de certaines réserves mobilières et de l'usufruit d'une maison d'habitation, la dame J. stipula au dit acte que chacun de ses enfants lui verserait une rente viagère de 10.000 francs, qu'elle prendrait sur les fermages des immeubles qu'elles leur donnerait. Il résulterait de différentes circonstances de fait qui sont toujours énumérées dans les attendus de l'arrêt, que les trois parties avaient évidemment en vue de régler définitivement les intérêts respectifs de chacune d'elle, en maintenant entre elles dans ce partage une scrupuleuse égalité.

S'attachant à ces éléments et spécialement à ce fait que, par suite de l'opération, la fille dotée avait vu son revenu s'augmenter d'un tiers, la Cour décida que cette donation-partage ayant pour effet, dans la commune intention des parties, « d'étendre la rente » constituée au profit de la dame R. D. par son contrat de mariage, et que cet acte ne constituait au regard de la dite dame R. D. qu'un mode de paiement de la dot qui lui avait été promise, paiement « qui, loin de porter atteinte à ses conventions matri-

« moniales, augmentait au contraire les revenus de
« la demanderesse... » Rejetée.

Le principe de l'immutabilité n'empêche pas à plus forte raison de substituer aux prestations promises à titre de dot des prestations équivalentes mais d'une autre nature. Cette modification, en effet, n'est de nature à nuire ni aux époux ni aux tiers.

Et les arrêts insistent sur ce point: ce qu'il importe, c'est que la quotité de la dot ne soit point modifiée, mais la substitution d'un mode de paiement à un autre ne soulève aucune difficulté, du moment qu'il ne présente pas de désavantage pour les époux. C'est ce qui se présenterait dans le cas où l'on conviendrait de substituer à une dot constituée en rente un capital dont les revenus ne sont pas inférieurs aux arrérages de la rente promise (1). Pareille convention en effet ne peut qu'être avantageuse pour les époux puisque, sans diminuer leurs revenus, elle leur donne droit à un capital en pleine propriété. La jurisprudence a admis la même solution dans une espèce où les époux avaient convenu avec le constituant de substituer à la pension qui leur était versée à titre de dot une prestation déterminée de logement et de nourriture (2). La Cour de cassation décida, à cette occasion, qu'il n'y a pas lieu de voir un changement aux conventions matrimoniales tel que le prévoit l'article 1395 du Code civil dans les accords qui ne portent que sur le mode de paiement de la dot ; « on
« reconnaissait qu'il avait été loisible au défendeur
« de convenir avec son fils que la pension de

1. Req., 14 novembre 1898. D. 93. I. 40.

2. Req., 27 novembre 1900. D. 1901. I. 100.

« 25.000 francs due à celui-ci d'après son contrat de « mariage serait convertie en prestations de logement et de nourriture... » La Cour de Bordeaux, dont l'arrêt était soumis au contrôle de la Cour suprême, avait précédemment rendu la même solution (12 juillet 1892) en la motivant de la façon suivante : « attendu que tout ce qui concerne l'exécution matrimoniale est en dehors du principe de « leur immutabilité et qu'il est permis, sans le violer, « de transformer le mode de paiement de la dot promise... »

La Cour déterminait le sens de l'article 1395 en disant : « que tout ce qui s'en induit légalement, c'est « que les époux, pendant le mariage, ne peuvent « modifier le régime de leur association, mais rien « n'empêche le tiers, débiteur de la dot, de s'acquitter dans des conditions autres que celles prévues « au contrat ». Pour tomber sous la prohibition de notre texte, il faut qu'une clause modificatrice soit substituée dans l'acte ; la clause originale éteignant les droits qui en résultaient au profit des époux, pour la remplacer par des droits différents et de moindre nature. Il faut, en un mot, qu'il y ait novation. Or, la convention qui se borne strictement à modifier le mode suivant lequel le débiteur de la dot exécute son obligation, n'a pas ce caractère puisque « la « modification laisse subsister intactes toutes les « stipulations et les suites du contrat original, qui « restent la loi du contrat ».

La nullité de la convention avait été dans l'espèce demandée par un créancier de l'époux, qui prétendait que la convention des arrérages de la rente payés à titre de dot, en une prestation en nature consistant

en habitation et en nourriture, lui préjudiciait. Il en demandait la nullité en se fondant sur l'article 1395 et sur l'article 1167. La Cour de cassation écarta le premier moyen; seul le second aurait été admissible, à condition de faire preuve de la fraude.

La jurisprudence admet la même solution au cas où un capital est versé par le constituant au lieu et place d'une rente stipulée à titre de dot au contrat de mariage (1). Et elle maintient cette solution même dans le cas où ce capital aurait été versé à un tiers, pourvu que ce prêt fût fait avec l'assentiment de l'époux doté : on peut rappeler à cet égard la formule très précise d'un arrêt de la Cour de cassation (2) : « Attendu que... on peut considérer comme « une contre-lettre, ou comme un changement aux « conventions matrimoniales un simple changement « dans le mode de paiement de la dot promise. »

En l'espèce, il s'agissait de paiements successifs faits par les parents de l'époux à des créanciers de celui-ci, pour une somme de 60.000 francs qui, par quittance « sincère », avait été appliquée par imputation ou dation en paiement à éteindre la rente de 3.000 francs constituée en dot par contrat de mariage à leur fille.

En somme, dans toutes ces hypothèses, on peut dire « qu'il y a substitution sinon *stricto sensu* d'un mode de paiement à un autre, du moins plus généralement, d'un mode d'exécution à un autre et c'est à ce titre et dans cette mesure que la nullité de l'article 1395 doit être écartée (3) ».

1. Paris, 11 mars 1879. S. 79.2.172.

2. 22 juillet 188. S. 89.1.456.

3. E. B. sur Aubry et Rau, t. VII. § 503 *bis*, p. 515.

CHAPITRE IV

PERSONNES LIÉES PAR LE PRINCIPE DE L'IMMUTABILITÉ

On a coutume d'étudier et d'énumérer les effets de l'immutabilité en se plaçant au point de vue des époux et au point de vue des tiers. Car c'est la question qu'il nous reste à examiner maintenant. Mais il nous sera permis de le faire très rapidement et de nous borner à un simple rappel des solutions que nous avons indiquées dans nos chapitres précédents, sauf sur un point en ce qui concerne les libéralités faites au cours du mariage par les tiers.

Si nous examinons les effets de l'immutabilité entre les personnes qui ont été portées au contrat de mariage, c'est-à-dire les époux et ceux qui y sont intervenus, notamment à titre de donateurs, nous pouvons les résumer en rappelant :

- 1^o Que les époux ne peuvent pas transformer d'une façon complète le régime adopté par eux ;
- 2^o Qu'ils ne peuvent pas davantage modifier le régime sur un point particulier ;
- 3^o Qu'ils ne peuvent pas renoncer aux libéralités contenues dans le contrat de mariage ; que toutefois, sauf réserve du droit des tiers, cette renonciation

peut être faite dans le testament de l'époux donataire;

4° Que les donateurs ne peuvent par une convention passée avec les époux se soustraire à l'exécution de leur convention ; mais qu'il est permis de modifier le mode de paiement de la dot.

En somme, on voit que, sauf ce dernier article, le principe de l'immutabilité s'impose surtout aux époux. A l'inverse, les personnes qui ne sont pas mêlées au contrat, c'est-à-dire les personnes avec qui les époux entrent en rapports d'affaires, ne sont pas liées par stipulation du régime adopté dans le contrat, pas plus que par le principe de l'immutabilité. Ainsi, dans le régime de communauté, on sait que tous les meubles tombent dans la masse commune. Cependant il est loisible à une personne qui intervient au contrat de mariage de donner au bien qu'elle donne un caractère autre que celui qui lui est attribué par la loi. Elle peut notamment spécifier qu'un immeuble qui devrait rester propre tombera en communauté, ou à l'inverse, qu'un meuble au lieu de devenir commun restera propre. La même liberté existe au cours du mariage au profit de ceux qui veulent gratifier l'un des époux par donation ou par testament.

Le Code civil reconnaît du reste formellement au donateur la faculté d'exprimer une volonté contraire à celle de la loi. Ces solutions se comprennent facilement. Ce donateur aurait pu ne rien donner, il doit donc être libre d'attribuer au bien donné l'affectation qu'il préfère.

Il n'y a point lieu d'insister sur ce point qui est universellement admis. La jurisprudence a même

admis que la condition d'exclusion à la communauté pourrait être tacite (1). Mais il faudrait toujours que l'époux qui prétend bénéficier de la libéralité à titre de propre, pût faire la preuve de l'intention du donateur (2).

Ainsi les tiers ne sont pas tenus de respecter l'aménagement des patrimoines tel qu'il résulte du contrat des époux ; ils peuvent également modifier les pouvoirs qui appartiennent à chacun d'eux, par exemple, un donateur ou testateur peut valablement apporter à sa libéralité la condition que la femme donataire ou légataire touchera sur ses seules quittances et sans avoir besoin de l'autorisation maritale, les revenus des biens donnés et légués (3).

On voit donc que la règle de l'article 1395 ne lie pas les tiers quand les époux sont mariés sous le régime de la communauté.

Lorsque le contrat de mariage stipule le régime dotal, les tiers ne sont pas davantage liés par les clauses de ce contrat, ni obligés par la suite d'en respecter l'économie. Une jurisprudence aujourd'hui certaine transporte au régime dotal le principe admis en matière de communauté, par l'article 1401. Les tiers peuvent très bien intervenir au contrat de mariage pour faire une donation, en stipulant que le bien ne sera pas dotal, ils peuvent même, si la femme s'y constitue en dot ses biens à venir, stipuler comme condition à leur libéralité que le bien sera paraphernal.

1. Aubry et Rau, t. VIII, § 507, p. 24. — Cass., 19 avril 1904. D. 1905. 1. 78.

2. Nantes, 16 juillet 1890. S. 91. 2. 71.

3. Aubry et Rau, t. VIII, § 507, p. 28, n. 21.

On a cependant prétendu qu'une pareille condition devait être réputée non écrite, comme contrevenant à l'ordre public en ce que la femme obtiendrait, contrairement aux prévisions du contrat de mariage, l'administration et la jouissance d'une partie de ses biens. Cette manière de voir est inexacte. Il ne suffit pas pour écarter cette condition comme contraire à l'ordre public qu'elle ait un résultat autre que celui prévu et espéré par le mari; « on ne comprendrait pas comment un état de choses qu'il est permis d'établir par contrat de mariage, devient contraire à l'ordre public, par cela seul qu'il aurait été établi comme condition d'une donation faite à la femme » (1).

La solution que nous venons de donner pour l'hypothèse où la femme se constitue en dot ses biens à venir ne serait pas admissible dans le cas d'une donation de biens à venir frappée tacitement ou expressément de dotalité par le donateur lui-même. Dans ce cas, l'instituant qui disposerait ensuite entre vifs au cours du mariage au profit de la femme déjà donataire de ces mêmes biens, ne pourrait pas subordonner cette donation à une clause d'exclusion de dotalité. Ces biens sont frappés d'une dotalité anticipée, mais conditionnelle, en ce sens qu'elle suppose l'ouverture de l'institution contractuelle pendant le mariage (2).

On voit donc que les tiers ne sont pas plus, sous le régime dotal que sous celui de la communauté, liés par le principe de l'immutabilité. Cependant

1. Aubry et Rau, t. VIII, § 534, p. 432, n 19 et les auteurs cités par eux.

2. L. B. sur Aubry et Rau, t. VIII, § 533 *bis*, p. 422, 10 *bis*.

nous savons qu'ils ne peuvent par une libéralité faite au cours du mariage donner à un bien le caractère dotal si celui-ci ne résulte pas du contrat de mariage. Mais, ainsi que nous l'avons déjà dit, il n'y a pas là une application de l'immutabilité. C'est une règle propre au régime dotal, qui s'explique par la défaveur avec laquelle il est vu par la loi. Celle-ci, désireuse, à cause de l'inaliénabilité qui les frappe, de limiter le nombre des biens dotaux, a défendu d'en créer de nouveaux pendant le mariage, et cette interdiction s'impose aussi bien aux tiers qu'aux époux.

En résumé, on aboutit, au point de vue des tiers, aux solutions suivantes : lorsqu'un bien provient de donation ou de testament, il appartient au donateur ou au testateur d'en modifier, s'il le juge utile, l'attribution qui résulte du régime adopté.

On peut l'expliquer ainsi : le principe de l'immutabilité est sans doute méconnu par une disposition à titre gratuit qui donne à un bien une attribution contraire à celle qui devrait résulter du contrat de mariage ; mais cette violation ne cause aucun préjudice ni aux époux, ni aux tiers. On ne peut, en effet, prétendre qu'il y ait abus d'influence de la part d'un époux sur l'autre ; de même, les tiers ne sont pas liés puisqu'ils ne pouvaient s'attendre à ce que le patrimoine s'enrichit à titre gratuit. Ceci est d'autant plus évident qu'il est permis de supposer que le donateur ou testateur n'aurait pas fait sa libéralité s'il avait été lié par les conventions matrimoniales. Il aurait pu ne pas faire sa libéralité, il doit être libre de l'affecter d'une condition contraire au contrat de mariage.

Toutefois, la jurisprudence a limité de façon assez sérieuse la portée de cette règle, que les tiers ne sont pas liés par l'immutabilité. Il est possible que la libéralité soit faite au profit d'un héritier testamentaire. Jusqu'à concurrence de sa réserve celui-ci ne peut être dépouillé des biens du disposant. Donc le conjoint du donataire et les tiers étaient en droit de compter que la réserve serait attribuée dans des conditions fixées par contrat de mariage. Si les époux étaient, par exemple, communs en biens, tout le monde pouvait savoir que les meubles composant la réserve tomberaient en communauté. Dès lors les intérêts des tiers et du conjoint seraient liés, si la volonté du donateur ou du testateur pouvait empêcher cette réserve, de tomber en communauté. C'est pour cette raison que la jurisprudence admet que l'immutabilité du contrat de mariage reprend son empire, en ce qui concerne les biens faisant l'objet de la réserve (1).

Sous cette restriction, la formule reste vraie que les tiers ne sont pas liés par l'immutabilité et ceci n'est, en somme, qu'une application du principe que les contrats ne produisent d'effets qu'entre les parties. Mais ce qui est plus remarquable, c'est que la convention de communauté ou de dotalité n'empêche pas davantage les époux d'accepter des libéralités faites contrairement à ces conventions. On ne peut l'expliquer que par le désir de donner effet à la volonté du disposant, et surtout d'encourager et de favoriser les libéralités en vue du mariage.

1. Cas., 6 mai, 1885, § 85. 1. 283.

CHAPITRE VI

TEMPÉRAMENTS ET SANCTION DU PRINCIPE DE L'IMMUTABILITÉ

Nous réunissons sous un même titre ces deux questions, qui sont cependant distinctes, parce qu'en réalité une seule, la seconde, est à examiner. Nous ne devons, en effet, rien dire de la première ; et si nous y faisons allusion, c'est uniquement pour suivre la trace de nos prédécesseurs. En réalité, on doit dire que le principe de l'immutabilité ne comporte aucune exception.

Quel est, en effet, le sens de l'immutabilité ? Elle veut dire que les époux ne peuvent modifier, ni directement ni indirectement leurs conventions matrimoniales, qu'ils ne peuvent se réserver dans leur contrat de mariage le moyen de substituer un régime à celui qu'ils ont adopté ou d'en modifier les conséquences. Tout ce qu'interdit l'immutabilité, c'est le changement au contrat de mariage, dérivant de la volonté des époux. Or, que l'on considère la suite des prétendues exceptions au principe, on verra que toutes dérivent expressément d'un texte de loi. Nous sommes en face de dispositions spéciales, que

le législateur a cru bon dans certains cas de substituer aux règles normales de composition et d'administration du régime adopté par les époux. Nous sommes en dehors du domaine du principe de l'immutabilité.

C'est ainsi que, sans porter atteinte à l'immutabilité, le contrat de mariage et spécialement les reconnaissances de dot ou d'apport pourraient être déclarées simulées ou être annulées pour cause de dol ou de fraude (1).

Nous ne considérons pas davantage comme une exception au principe, la possibilité pour la femme de demander la séparation de biens, puisque celle-ci (art. 1.443) a toujours un caractère judiciaire, et qu'elle ne peut résulter d'une convention. La loi même a pris soin, pour exclure toute séparation reposant sur un accord préalable des époux, d'exclure comme mode de preuve ouvert à la femme l'aveu du mari (2), et à supprimer dans le même but le préliminaire de conciliation. Sans doute, par suite de la séparation, un régime nouveau succède (sauf persistance de la dotalité) au régime primitif. Mais cette substitution ne résultant pas d'une convention entre ceux-ci, ne peut être considérée comme une exception au principe de l'article 1.395.

Nous en dirons évidemment de même de la séparation de biens, résultant accessoirement de la séparation de corps, quoique ses effets modifient encore plus profondément la capacité de la femme.

A plus forte raison, refuserons-nous de voir une

1. Aubry et Rau, 5^e éd., t. VII, § 503 *bis*, p. 516.

2. C. pr. c., 870.

exception à notre principe dans l'annulation du contrat de mariage, par suite de laquelle les époux se trouvent placés dans le régime de la communauté légale. Il n'y a point d'exception, puisque la substitution de ce régime à celui adopté par les époux ne résulte pas d'une convention, et qu'elle se produit rétroactivement.

Des dispositions législatives spéciales ont apporté aux conventions matrimoniales des modifications partielles. Mais celles-ci ne constituent pas davantage des dérogations au principe de l'immutabilité, elles ont une tout autre explication.

En matière d'absence, le droit d'option ouvert au profit du conjoint présent, entre la liquidation de la communauté où sa continuation, n'entraîne point en effet de dérogation à l'article 1.395. Dans le premier cas elle prend fin, dans l'autre elle subsiste, mais dans aucun il n'y a changement au régime adopté. Quant au droit reconnu à la femme présente, qui a opté pour la continuation de la communauté de l'administration et de la gérer, c'est encore de la loi qu'elle tient ce pouvoir comme la femme tutrice de son mari interdit.

L'immutabilité n'est pas davantage atteinte par la substitution d'un emploi en immeuble d'un emploi en rente sur l'État en vertu des lois du 2 juillet 1862.

Certains ont prétendu voir dans la révocation des donations faites par contrat de mariage, pour cause de survivance d'enfants, des exceptions à l'immutabilité. Cette interprétation nous paraît également inexacte, puisque la révocation en est indépendante de la volonté des époux, et peut s'analyser, en somme,

en la réalisation d'une condition casuelle tacite, que le donateur aurait formellement pu insérer dans le contrat.

Différentes lois récentes sont intervenues, qui donnent à la femme des pouvoirs plus étendus que ceux qui lui sont reconnus par le Code. Telles sont les lois du 9 avril 1881, article 6, et celle du 20 juillet 1895, article 16.

Et surtout celle du 13 juillet 1907 qui a reconnu à la femme des droits sur certains de ses biens. Les deux premières permettent à la femme de se faire délivrer des livrets de caisse d'épargne sans autorisation du mari, et de retirer les sommes inscrites à leur compte, sauf en cas d'opposition du mari. Si ces lois modifient la convention matrimoniale, elles ne modifient point tout au moins la composition des patrimoines; et à supposer les époux communs en biens, ces sommes continuent à faire partie de la communauté, et figureront comme biens communs dans la liquidation de celle-ci. Ces lois ne font que donner à la femme un pouvoir d'administration, qui peut s'expliquer par l'idée de mandat tacite. En tout cas, cette extension de pouvoirs a une origine légale et non point contractuelle, elle ne déroge donc pas à notre texte.

Nous en dirons autant des pouvoirs reconnus par la loi de 1907 à la femme sur ses gains et salaires. Si nous examinons, par exemple, les effets de cette loi sous le régime de communauté, nous devons reconnaître que les biens réservés de la femme restent des biens communs, soustraits seulement à certaines conséquences de cette qualité; d'autre part, au point de vue du passif, la loi n'a pas changé la

composition de la communauté. La femme s'oblige désormais personnellement sur ceux-ci, sauf récompense le cas échéant, en cas d'acceptation de la communauté. Si la femme renonce à la communauté elle et ses héritiers en ligne directe peuvent reprendre les biens réservés libres et francs de dettes autres que leur passif propre.

Il y a en tout cela des règles nouvelles, se superposant à celles du contrat de mariage, sans autre modification que la concession à la femme d'une certaine capacité, ayant pour limite ses biens réservés, mais rien de pareil à une modification conventionnelle au régime primitivement adopté, donc pas d'exception à l'article 1395.

La question de la sanction du principe de l'immuabilité se présente sous deux formes.

Ou bien les époux ont dans leur contrat de mariage inséré une clause leur réservant le droit de modifier leur régime ou l'une des conséquences de celui-ci. Cette clause doit être considérée comme nulle et non avenue, mais les autres dispositions continueraient à recevoir leur application.

Mais la question peut se présenter sous une autre forme : les époux ayant établi un régime déterminé dans leur contrat passent après coup une convention modificatrice ; ou bien, mariés sous le régime de communauté légale, ils modifient ou excluent celle-ci après coup. La convention modificatrice passée ainsi est nulle et non avenue et les époux resteront soumis au régime qui a pris naissance au moment du mariage.

En conséquence de cette nullité, l'époux pourra se refuser à exécuter vis-à-vis de l'autre les obligations

qui lui incomberaient du chef de la convention modificatrice ; les opérations juridiques passées en exécution de celle-ci devraient à leur tour être annulées. Il en résulte notamment que les avantages que l'un des époux aurait conférés à l'autre par le moyen de changements apportés au contrat de mariage sont atteints d'un caractère absolu de révocabilité.

Toutefois il importe de remarquer que le texte de l'article 1395 ne prononce pas expressément la nullité, aussi un auteur, Toullier (1), partant de la supposition que la défense de changer les conventions matrimoniales ne peut avoir d'autre objet sous l'empire actuel que d'enlever aux époux tout moyen de se faire des donations irrévocables et d'éluder ainsi la disposition de l'article 1096, enseigne-t-il que les avantages résultant de changements apportés au contrat de mariage ne sont pas entachés de nullité, mais simplement révocables.

Pour cet auteur, le principe de l'immutabilité était dans l'ancien droit une conséquence de l'interdiction des dons entre époux. Celle-ci ayant été supprimée par le Code civil qui admet les donations à condition qu'elles soient révocables, l'immutabilité doit être régie par les mêmes principes qui ont fait édicter l'article 1096. Puisque le Code autorise aujourd'hui entre époux les donations révocables, toute modification aux conventions matrimoniales constituant au profit de celui qui en bénéficie un avantage indirect irrévocable, les modifications aux conventions matrimoniales ne sont pas nulles, mais seulement révocables.

1. *Le Droit civil français*, t. XII, n° 25 et n.

Le raisonnement de Toullier ne peut être admis ; il part d'un point de vue inexact. Nous avons mis en lumière les différents motifs qui ont fait adopter le principe de l'immutabilité, nous avons vu que si la prohibition des donations irrévocables a joué un rôle, bien d'autres éléments ont contribué à l'établir. D'autre part, il n'est pas juste d'analyser toute modification aux conventions matrimoniales, en un avantage indirect au profit de l'un des époux. Quel avantage, par exemple, un époux tire-t-il de la renonciation abdicative faite par son conjoint à une libéralité à lui faite par contrat de mariage ? D'ailleurs le système de Toullier se heurte à l'article 1395. Celui-ci est un texte prohibitif ; et alors même qu'il ne prononce pas expressément la nullité, celle-ci en résulte naturellement comme dans un nombre d'hypothèses où le Code (1) formule une règle prohibitive sans indiquer qu'elle est sanctionnée par la nullité (2). Du reste, si l'article 1395, qui est le siège de la matière, ne prononce pas la nullité, celle-ci est formellement édictée par deux textes qui ne sont que des applications du principe de l'immutabilité : l'article 1443, 1^o déclare nulle toute séparation de biens volontaire et l'article 1451 annule l'établissement de la communauté après la séparation des biens quand il ne respecte pas les conditions du contrat primitif. Si le Code sanctionne par la nullité deux conséquences du principe de l'immutabilité *a fortiori* a-t-il dû donner la sanction au principe lui-même et implique-t-il la nul-

1. Réfutation dans Demante et Colmet de Santerre, t. VI, n° 12.
— Demante, *Thémis*, t. VIII, p. 141.

2. Art. 6, 791, 1130, 388, 1389, 1390, 1600.

lité de toute convention qui porterait atteinte à la règle de l'article 1395.

La doctrine de Toullier a du reste été unanimement condamnée en doctrine et en jurisprudence et tout le monde admet que la seule sanction de l'immutabilité est la nullité. Celle-ci résulte de l'esprit même de la loi (1).

Mais quelle est la nature de cette nullité ?

Étant donnés les motifs qui ont fait adopter ce principe, étant donné que notre règle est d'ordre public, et fondée sur des considérations d'ordre social au premier chef, notamment l'intérêt des tiers, il ne saurait être question ici d'une nullité de protection d'une nullité relative mais seulement d'une nullité absolue.

De ce caractère absolu de la nullité résultent les conséquences suivantes : elle peut être demandée non seulement par les époux, mais également par les tiers, les créanciers, les enfants du mariage ou d'un autre lit (2). Cette nullité, d'autre part, n'est pas susceptible de se couvrir par ratification expresse ou tacite pendant le mariage puisque cette ratification serait entachée du même vice

1. Troplong, t. I, n^{os} 202-203. — Guillouard, t. I, n^o 222. — Aubry et Rau, t. VII, § 503 *bis*, p. 507. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. I, p. 89. — Cass., 28 mars 1866. D. 60. 1. 396. — Cass., 4 déc. 1867. D. 67. 1. 455. — Poitiers, 18 août 1872. S. 72. 2. 230. — Cass., 22 février 1882. S. 84. 1. 70. — Req., 23 juin 1887. D. 87. 1. 449. 3. 90. 1. 291.

2. Guillouard, 216. Req., 27 juillet et 54. 2. 216, note de M. Tisier. D'après cet auteur, il n'est même pas nécessaire pour qu'un tiers agisse, que le changement porte atteinte à un droit acquis, la lésion d'un simple intérêt suffit.

initial que le contrat que l'on voudrait ratifier (1).

Mais la question se pose de savoir si la convention, nulle pour avoir été rédigée postérieurement au mariage ne pourrait pas être confirmée une fois celui-ci dissous ?

En faveur de l'affirmation, on pourrait faire remarquer qu'à cette époque les conventions matrimoniales n'ont plus d'objet et que l'ordre public n'est plus intéressé à leur maintien. La jurisprudence semble admettre cette solution (2). Mais cette opinion peut être admise. Il ne faut pas, en effet, oublier que la convention modificatrice ou la clause d'un contrat contraire à l'immutabilité est frappée d'une nullité absolue. La dissolution du mariage ne saurait changer le caractère de cette nullité. Avec cette ratification impossible il ne faut pas confondre l'hypothèse où, à la dissolution du mariage, les époux entre eux ou le survivant et les héritiers du prédécédé conviennent pour opérer la liquidation de leurs droits, prennent pour base la convention frappée de nullité. Il n'y a pas là confirmation du contrat primitivement nul, mais une nouvelle convention qui vaudra comme transaction entre personnes libres de leurs droits et d'en régler la liquidation sur les bases qui leur conviennent (3).

La solution que nous venons d'indiquer préjuge

1. Aubry et Rau, t. IV, § 397. — Laurent, t. XXVIII, n° 611. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. I, p. 89. — Cass., 31 janvier 1833. S. 66.1.217. — 23 juin 1887. S. 90.1.291.

2. Metz, 26 nov. 1823. S. 26.2.27. — Req., 6 février 1888. D. 88.1.401. Contrat. — Paris, 16 avril 1856. D. 56.2.231.

3. Cass., 10 avril 1866. D. 66.1.350. — Planiol, t. III, n° 845.

celle qu'il faut donner à la question de savoir si la prescription de dix ans est applicable à notre nullité ?

La prescription de dix ans, en effet, a pour fondement une prescription de ratification. La seule prescription applicable est donc celle de trente ans. Elle n'aura pas, du reste, pour effet de valider tout acte entaché de nullité, mais elle mettra obstacle à toute action personnelle ou réelle que l'on pourrait intenter en invoquant le contrat de mariage, « attendu que la seule prescription à opposer en cas d'absence d'acte par le défaut d'existence légale est la prescription de trente ans, non en ce sens qu'elle donne force à un acte qui n'existe pas, mais en ce sens qu'elle met obstacle à toute action réelle ou personnelle » (1).

Il faut bien d'ailleurs se garder de confondre la convention frappée de nullité et l'instrumentatum qui la constate. La nullité qui frappe la première ne s'étend pas aux conventions contenues dans le même acte, mais qui n'ont pas pour objet le régime matrimonial des époux. Cette solution recevra son application dans le cas où ceux-ci ont passé un contrat de mariage postérieurement à la célébration de leur union et comme tel entaché de nullité. La convention particulière telle qu'une vente ou une cession qui se trouverait contenue dans l'acte (2), de même les donations de biens présents que des tiers y auraient faites aux époux ou à l'un d'eux, avec les

1. Cass., 31 janvier 1853. S. 53. 1. 471. — Cf. *Bartin sur Aubry et Rau*, 5^e édit., § 503 *bis*, p. 504, note 3 *ter*.

2. Nîmes, 25 mai 1857. S. 57. 2. 609.

formalités ordinaires, seraient maintenues. Il est vrai qu'en fait il sera rare que la convention matrimoniale ait été passée dans les formes exigées pour les donations, c'est-à-dire la présence du second notaire ou des témoins instrumentaires (1). L'absence des conditions de forme propre aux donations ne les empêchera pas, du reste, toujours de valoir. Une constitution de dot en argent ou en meubles vaudra comme don manuel si les valeurs données ont été effectivement remises à l'époux doté. Mais, contrairement peut-être aux clauses du contrat, elles tomberont dans la communauté puisque, par suite de la nullité du contrat passé après le mariage, les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale.

D'un autre côté le contrat de mariage, nul comme tel, pour avoir été passé après la célébration du mariage, pourrait, suivant les circonstances, être admis comme constatant d'une manière suffisante les apports des époux (2). Cette constatation n'est pas en effet une convention matrimoniale. Sa valeur est donc absolument indépendante de la validité du nouveau contrat. Néanmoins une certaine suspicion atteindra ces mentions contre lesquelles, en fait, la preuve contraire sera facilement admissible.

1. Montpellier, 16 déc. 1901. D. 1907. 2. 214, note de M. Capiant ; S. 1905. 2. 185, note de M. Hémar.

2. Riom, 24 août 1846. S. 47. 2. 142. — Aubry et Rau, 5^e édit., t. VII, § 503 bis, p. 506, cf. § 37 et note 22.

CONCLUSION

Nous avons ainsi déterminé le sens, la portée, et les conséquences de l'article 1395. Le texte interdit aux époux d'apporter soit directement, par une convention tendant à ce but, soit indirectement, par l'effet d'actes juridiques passés entre eux ou des tiers une modification à leurs conventions matrimoniales. Nous avons déterminé le domaine de celle-ci, pour la limiter aux choses légales ou contractuelles, qui règlent les relations pécuniaires des époux, la composition de leur patrimoine, leurs pouvoirs respectifs, la liquidation de leurs droits à la fin du mariage, et même, sauf certaines réserves mises en lumière par une opinion récente, — les avantages que se font les époux par contrat de mariage.

Nous avons vu dans quelle mesure le principe de l'immutabilité restreint la liberté juridique des époux en leur interdisant de changer de régime, d'en modifier les conséquences, de renoncer aux donations contenues dans le contrat, de renoncer aux libéra-

lités faites par l'un des époux à l'autre dans le contrat, notamment aux gains de survie.

Nous avons également précisé dans quelle mesure le principe se concilie avec le droit de disposition des époux qui restent libres de disposer des biens qui ont été donnés par le contrat, de céder à un tiers les avantages que l'un a constitués à l'autre par contrat, ou même, d'après certains auteurs, d'étendre par testament les libéralités au profit de l'un d'eux. Nous pouvons maintenant nous demander quelle est la valeur pratique du principe, s'il présente vraiment des inconvénients qui doivent entraîner sa condamnation.

Nous ne contestons pas que dans des cas particuliers, le principe de l'immutabilité peut mettre un obstacle à des changements légitimes que peuvent désirer les conjoints. Mais, pour juger de la valeur d'un principe, il ne faut pas s'en tenir à des hypothèses exceptionnelles. Un principe juridique est fait pour donner une solution générale s'appliquant à la majorité des cas, et c'est à ce point de vue qu'il faut l'apprécier. Il n'y a point de règle qui, envisagée sous un angle particulier, ne puisse, pour une situation exceptionnelle, avoir des conséquences fâcheuses, et nuire à certains intérêts. La complexité des rapports juridiques fait naître, en effet, des situations exceptionnelles, que la législation n'a pu prévoir. Mais s'il résulte alors d'un principe général des conséquences qui peuvent briser certains intérêts particuliers, cela ne veut pas dire que le principe soit mauvais et doive être rejeté. La loi ne peut statuer que de « *ce quod plerum que fit* », et si, dans la majorité des cas les conséquences du principe

ne paraissent pas choquantes ; si son application présente des avantages pratiques, il doit être maintenu en dépit des critiques de détails qu'il peut soulever. Or, n'est point le cas ici ? Contre le principe de l'immutabilité qu'invoque-t-on, en effet ? Qu'il apporte une restriction à la libre activité des époux, qu'il les force à subir durant toute leur union les règles d'une charge immuable, dont ils n'ont pas toujours, lorsqu'ils l'ont passée, prévu toutes les conséquences, et qui peut ne plus correspondre aux nouvelles conditions dans lesquelles la vie peut les placer ; et, à l'appui de cette affirmation, on cite quelques hypothèses particulières, où une combinaison désirée par les époux se trouve interdite par l'immutabilité des conventions matrimoniales, dans lesquelles les époux se voient interdire au nom de l'immutabilité, une combinaison utile peut-être, modifiant leurs conventions matrimoniales. Pour donner à l'objection plus de relief, on cherche dans le théâtre contemporain des exemples qui, grâce au grossissement de la scène, prouvent en effet, jusqu'à l'absurde, les conséquences du principe que l'on combat.

Mais pour juger de sa valeur, ne vaut-il pas mieux l'examiner tel qu'il se présente dans les faits, dans la majorité des espèces soumises aux tribunaux, pour voir si véritablement il apporte une restriction si fâcheuse qu'on le dit à l'activité des époux ; ne vaut-il pas mieux examiner si, dans la plupart des hypothèses où la jurisprudence en a fait l'application, les modifications qu'elle a écartées mériteraient d'être acceptées ; en face des inconvénients de l'immutabilité n'a-t-on pas le droit également d'envi-

sager les avantages qu'elle présente. Enfin, s'est-on demandé si l'on pouvait supprimer ce principe sans risquer de troubler l'ensemble des règles que le Code a établies pour régir les relations pécuniaires des époux. A cet effet, recherchons rapidement dans quel but ceux-ci peuvent désirer modifier leurs conventions matrimoniales ? Examinons cette question sous différents régimes. A supposer des époux communs en biens, on peut trouver plusieurs motifs à ce désir.

Une première combinaison apparaît de suite à l'esprit. A la veille d'entreprendre quelque affaire hasardeuse, le mari et la femme substituent, à leur régime de communauté, un régime de séparation, qui, dans l'avenir, mettra à l'abri des poursuites des créanciers, le patrimoine de la femme et sa part dans la communauté. Sans insister sur cette mentalité, qui consiste à entreprendre une affaire en prévoyant la possibilité de son échec, et en se ménageant un moyen pour n'en pas trop souffrir, cette combinaison, pour n'être point frauduleuse, exigeait que les tiers en fussent clairement avertis. Or, nous avons déjà dit qu'il nous paraissait utile d'organiser un système de publicité efficace qui ne fût pas compliqué.

En tout cas, au point de vue des solutions du droit positif, la possibilité de cette modification des conventions matrimoniales nécessiterait une retouche du principe fondamental, que la séparation de biens au cours du mariage ne peut être que judiciaire.

En modifiant le régime de communauté qui les unit, les époux peuvent avoir un autre but :

L'un ou l'autre d'entre eux désire soustraire à la

masse commune les biens qui doivent normalement y tomber. Une succession mobilière inespérée échéant à l'un d'entre eux, ils voudraient par exemple convenir qu'elle restera propre, parce que, s'il avait pu prévoir cet événement, l'époux bénéficiaire de la succession aurait voulu se la réserver en propre. L'hypothèse n'est pas imaginaire ? N'avons-nous pas une espèce dans laquelle le mari prétendait se réserver les avantages résultant de combinaisons financières imaginées par lui, et dont il avait tiré profit.

Y a-t-il là une combinaison à encourager ; est-il désirable que les époux puissent, le jour où la fortune sourit particulièrement à l'un d'eux, substituer un régime de séparation à la communauté d'intérêts qu'ils avaient primitivement envisagée comme devant les associer dans la bonne comme dans la mauvaise fortune ? Ne peut-on pas craindre que cette combinaison nouvelle ne soit pas l'expression de la libre volonté des époux ; quelles pressions, quelles insistances, quelles intrigues ne recouvrira pas cette convention ?

Sans doute, on objecte que la pression d'un époux sur l'autre, du mari sur la femme notamment, n'est plus à craindre. Est-ce bien sûr, n'est-il pas dans la nature humaine et d'une expérience éternelle, que quiconque a un pouvoir d'autorité ou de persuasion, est tenté d'en abuser. Et puisque nos adversaires demandent au théâtre un exemple pour illustrer leur thèse, demandons-leur ce qu'aurait fait, à leur avis, le père d'Eugénie Grandet, s'il avait pu modifier la communauté légale qui assurait à sa femme la moitié de la fortune qu'il avait misérablement

gagnée. Au reste, ce désir d'exclure de la communauté ce qui doit y rentrer ne s'explique guère si les époux ont des enfants légitimes bénéficiaires de leur fortune propre ou commune. Au cas contraire, si l'un des époux estime n'avoir point droit à un profit réalisé par l'autre, n'a-t-il pas le moyen de le gratifier de la part qui lui en reviendrait ?

A supposer enfin qu'il y ait quelque forte raison de soustraire à la masse commune des biens acquis par un époux, n'y a-t-il pas une loi récente qui, dans le cas le plus intéressant, celui d'une femme réalisant un bénéfice par son travail personnel, lui a permis de garder, en renonçant à la communauté, son patrimoine réservé ?

Supposons maintenant les époux mariés sous le régime de communauté ou séparés de biens, la mutabilité leur permettrait à rendre dotaux au cours du mariage des biens propres de la femme qui voudrait par cette combinaison se protéger contre elle-même. Sans parler de la répercussion qui en résulterait au point de vue de la contribution de la femme aux charges du ménage, ne voit-on pas que cette modification est une opposition absolue avec l'esprit même du Code civil favorable aux biens dotaux, avec la solution positive de l'article 1543, avec la tendance générale de la doctrine qui demande une plus large atténuation de l'inaliénabilité dotale.

D'autres mutations peuvent être envisagées. Des époux séparés de biens pourraient, au cours du mariage, désirer établir entre eux une union plus intime d'intérêts. Pratiquement, c'est sous forme d'une société entre époux que la question se posera. Nous avons dit qu'à l'heure actuelle la jurisprudence

est contrariée à l'établissement de ce contrat. Mais ce n'est pas surtout sur l'article 1395 qu'elle s'appuie pour l'interdire, et il n'est pas impossible de concilier ce texte avec la constitution d'une société entre époux. L'un des grands avantages que présente l'article 1395, c'est, avons nous dit, d'assurer une grande sécurité des opérations juridiques. Nous n'allons pas jusqu'à prétendre que ce souci de sécurité doit arrêter toute évolution des nécessités pratiques. Or, il est certain, et l'abondance de la jurisprudence en témoigne, que l'établissement d'une société entre époux répond souvent à une véritable utilité et à un désir bien légitime. Pour lui donner satisfaction il n'est pas nécessaire de modifier l'article 1395, la jurisprudence n'aurait qu'à s'approprier certains raisonnements de la doctrine, pour que le désir légitime des époux pût recevoir satisfaction. Elle est déjà entrée dans une voie analogue en ce qui concerne le contrat d'assurance au profit du survivant ; là encore la doctrine lui a montré le chemin à suivre pour concilier le respect de l'article 1395 avec l'intention des époux désireux d'assurer au dernier mourant des moyens d'existence au moyen d'une rente viagère réversible, ou du versement d'un capital assuré. Sans doute, même en cette matière, la jurisprudence a encore besoin de s'améliorer, mais elle n'a qu'à pousser jusqu'au bout l'idée qu'elle adopte implicitement d'une donation réciproque, pour arriver à donner satisfaction à la volonté des époux, et aux nouvelles opérations que la vie moderne a suscitées.

On se place volontiers, pour critiquer notre principe et en montrer les inconvénients, au point de vue de l'interdiction de la société entre époux, et

l'assurance sur la vie. On voit cependant qu'il n'a pas été impossible d'arriver à une solution satisfaisante sans modifier la rédaction du Code. A supposer que la jurisprudence soit trop lente à évoluer dans le sens que nous indiquons, une intervention législative sur ce point restreint pourrait se produire dans le sens que prévoit le projet de loi, sur le contrat d'assurance.

Ces deux points mis à part, il reste encore un vaste domaine à la libre activité des époux. Nous avons indiqué les principales opérations qui leur restent permises. L'une d'elle présente une grande utilité pratique, c'est celle qui consiste à modifier le mode de paiement de la dot.

Cette faculté reconnue aux époux de modifier les modalités du paiement de la dot est très importante. La jurisprudence s'est sur ce point montrée particulièrement libérale, puisqu'elle permet aux époux toutes les modifications qui ne sont pas de nature à compromettre leurs droits, ou ceux des tiers. Il peut être avantageux pour les époux de substituer aux revenus périodiques qui leur sont assurés par contrat de mariage la réception d'un capital, qui pourra leur être utile pour une entreprise industrielle, pour acheter un fonds de commerce, ou un office ministériel. Il peut arriver, d'autre part, que des modifications dans leur situation pécuniaire rendent désirable la substitution de certaines prestations périodiques à des prestations d'une autre nature promises par les contrats. Toutes les modifications sont licites, et en les autorisant, on ne peut méconnaître que la jurisprudence a su se dégager d'une

interprétation trop étroite du principe, et tenir compte des nécessités pratiques.

La suppression de l'article 1395 exigerait, nous l'avons dit, la modification ou la suppression d'autres textes avec lesquels la mutabilité serait inconciliable ; mais n'aurait-elle pas des conséquences plus profondes, et ne serait-elle pas en contradiction avec toute la conception que le Code s'est faite des rapports pécuniaires entre époux ?

Nous avons précédemment indiqué que l'immuabilité des conventions matrimoniales est dans un rapport étroit avec la stabilité que le Code a voulu assurer, tant au point de vue des personnes que des biens, dans l'union conjugale. Est-ce un autre aspect de la question sur lequel il convient d'insister. Le législateur de 1804 a cru bon de soumettre à un régime spécial les donations entre époux. Il subissait à cet égard l'influence d'une tradition séculaire, et il est assez curieux de constater qu'il en est, en somme, revenu sur ce point au régime romain. Cette résolution parallèle du droit romain et du droit français, partait l'un et l'autre de la liberté des donations entre époux pour les interdire momentanément complètement et aboutir en fin de compte à ne permettre que des libéralités révocables, laisse bien à penser qu'il y a des raisons profondes et générales pour déroger en cette matière aux règles du droit commun. Le Code a soumis les donations entre époux à deux règles : il a voulu qu'elles fussent essentiellement révocables et contenues dans les limites d'une quotité disponible spéciale. Serait-il possible de concilier le maintien de ce régime avec la mutabilité des conventions matrimoniales ? Nous ne le pen-

sons pas. Comme tout législateur qui pose une prohibition, le Code a dû prévoir les procédés auxquels les intéressés ne manqueraient pas de recourir pour la tourner. De là des présomptions d'interposition de personne, des nullités édictées par le Code et dont la jurisprudence a cru devoir étendre le domaine pour rendre efficaces les prescriptions légales.

Car, comme tous ceux qui supposent que la preuve d'une fraude est souvent d'une application difficile, ne le deviendrait-elle pas encore plus, si la possibilité était donnée aux époux de modifier leurs conventions matrimoniales ? Ou bien, à l'inverse, ne pourrait-on pas craindre qu'une modification ne soit attaquée après coup par l'époux au détriment duquel elle tourne, sous prétexte qu'elle dissimule une libéralité interdite ?

On s'est, d'autre part, préoccupé du sort des enfants du premier lit ; le Code a réglé d'une manière particulière les donations entre époux en cas de second mariage. Il a même à ce point de vue assimilé à de véritables donations certains avantages résultant de l'adoption de la communauté. C'est une des questions les plus compliquées du code et sur lesquelles la jurisprudence a eu à trancher un grand nombre de difficultés. Ne les aggraverait-on pas encore s'il fallait tenir compte ici des modifications possibles au régime matrimonial ?

Comment, enfin, fonctionnerait la faculté de révocation en face du caractère synallagmatique des conventions modificatrices du régime ?

Ce souci empêche les donations irrévocables entre époux ; le désir de faire respecter les restrictions apportées au droit pour ceux-ci, de se faire des libé-

ralités, a eu une trop grande influence dans l'établissement du principe de l'immutabilité, pour que l'on puisse supprimer celui-ci sans modifier complètement en même temps le régime des donations entre époux. La suppression du principe devrait logiquement conduire à reconnaître la pleine liberté des donations entre époux et leur irrévocabilité. Or, personne, semble-t-il, n'est décidé à adopter cette solution trop contraire à la tradition du droit français, et dont l'expérience antérieure avait montré les inconvénients.

On voit donc que, pour remédier aux inconvénients de l'immutabilité, il ne suffirait point d'effacer d'un trait de plume l'article 1395, il faudrait apporter à toute l'économie des rapports précuniaires tels qu'ils sont régis par le Code, une profonde modification.

Resterait en outre à régler la situation des tiers. Il ne saurait être question, en effet, de limiter aux époux les effets des conventions modificatrices en se faisant des personnalités juridiques à double face. soumises à certaines règles dans leurs rapports respectifs et d'autres à l'égard des tiers. Pareille situation sans doute n'est pas étrangère au droit, cela se présente à titre exceptionnel et comme sanction de l'inobservation de certaines règles de publicité. Mais on ne saurait refaire un régime normal. Il importerait donc, pour donner à la mutabilité un caractère pratique, d'organiser un sérieux régime de publicité, non seulement pour qu'elle ne permit pas de réaliser une fraude au détriment des tiers, mais même pour en écarter l'idée. A cet effet, les conventions modificatrices ne pourraient être sous seing privé, elles devraient être passées devant un notaire, lequel

devrait veiller à l'accomplissement des formalités de publicité. Quant à l'organisation de celle-ci, la publicité par trop rudimentaire de la loi de 1850 ne pourrait évidemment servir de modèle, et il faudrait chercher celui-ci dans un système analogue à celui de la transcription ou à celui des registres matrimoniaux du droit allemand ou du Code civil suisse.

Nous avons déjà dit qu'à supposer que l'on puisse trouver un bon système de publicité, les formalités qu'il entraînerait seraient de nature à gêner la conclusion d'un grand nombre d'opérations.

Nous sommes donc amené à terminer cette étude en constatant que les motifs donnés pour justifier l'immutabilité conservent toute leur valeur, les avantages de ce principe étant au point de vue des tiers comme à ceux des époux supérieurs à ceux qui pourraient résulter de son abrogation ; il n'y a aucune raison de supprimer l'article 1395 qui résulte de la tradition et qui fait partie de l'ensemble des règles auxquelles la législation de 1804 a voulu soumettre impérativement les relations pécuniaires des époux.

L'interprétation que les tribunaux ont donnée à ce texte n'aboutit ni à l'incapacité des époux, ni à l'indisponibilité de leurs biens.

Elle tend seulement à assurer dans la composition des patrimoines et dans leur gestion la stabilité désirable à la sécurité des rapports des époux entre eux et vis-à-vis des tiers. D'autre part, elle est dès maintenant et elle pourra dans l'avenir être assez libérale pour ne pas empêcher les conjoints de faire certaines opérations que la transformation des mœurs ou les nécessités de la pratique rendent désirables. Point n'est besoin pour cela de supprimer le

principe de l'immutabilité, il suffit que la jurisprudence, au lieu d'une interprétation littérale et stricte, adopte une méthode d'interprétation plus souple conforme aux exigences de la pratique, en un mot une interprétation « sociale ».

Lu et approuvé :
Le Président de la thèse,
PIÉDELIÈVRE

Vu le Doyen de la Faculté de Droit,
L. LARNAUDE

Vu et permis d'imprimer
Le Recteur de l'Académie de Paris
LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5
CHAPITRE PREMIER. — Historique et justification du principe.....	13
Le Code civil.....	33
CHAPITRE II. — Conventions auxquelles s'applique l'article 1395.....	50
CHAPITRE III. — Domaine d'application de l'article 1395.	59
<i>Première section.</i> — Modifications interdites.....	59
§ 1. — Changement du régime matrimonial.....	59
I. — Stipulation d'un terme.....	65
II. — Stipulation d'une condition.....	68
§ 2. — Modifications des conséquences du régime.	74
A. — Composition des patrimoines.....	75
B. — Modification aux pouvoirs des époux....	99
C. — Liquidation des droits des époux.....	104
§ 1. — Contrats entre époux.....	106
A. — Société entre époux.....	108
B. — Rente viagère réversible et assurance sur la vie au profit du survivant.....	121
C. — Renonciations aux donations.....	138
<i>Section II.</i> — Actes juridiques ne tombant pas sous la prohibition de l'article 1395.....	152
§ 1. — Conventions interprétatives.....	152
§ 2. — Libéralités faites par les époux.....	155
§ 3. — Modifications aux conditions de paiement de la dot.....	175
CHAPITRE IV. — Personnes liées par le principe de l'immutabilité.....	182
CHAPITRE V. — Tempéraments et sanction du principe de l'immutabilité.....	188
CONCLUSION.....	199

